

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR.

SEDE ECUADOR.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN B
SEDE ECUADOR

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho mención Derecho Constitucional

**LA INFERENCIA DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL EN LA
CONSTITUCION ECUATORIANA DEL 2008.**

SANTIAGO MORENO YANES.

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 3.0 Ecuador		
	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

2012

CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS/MONOGRAFIA

Yo, (SANTIAGO XAVIER MORENO YANES), autor/a de la tesis intitulada (*LA INFERENCIA DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL EN LA CONSTITUCION ECUATORIANA DEL 2008.*) mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de (magíster en derecho mención derecho constitucional) en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 11/10/12

Firma:



UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR.

SEDE ECUADOR.

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho mención Constitucional

**LA INFERENCIA DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL EN LA
CONSTITUCION ECUATORIANA DEL 2008.**

SANTIAGO MORENO YANES.

Tutora: Dra. Claudia Storini.

Tesis realizada en Cuenca- Ecuador

2012

RESUMEN.

El presente trabajo tiene como finalidad, la búsqueda, por tratar de inferir la garantía del contenido esencial de la Constitución del 2008 a partir del Artículo 11#8 de la misma, tratando de llevar a cabo no solo una tarea de descripción de la garantía, sino por sobre todo establecer los lineamientos que permitan su contextualización bajo los presupuestos establecidos por el Constituyente.

Precisamente, éste trabajo inicia con una introducción que trata de fundamentar de cierta manera aquella idea tan arraigada en la Constitución del 2008, como lo es la Fórmula Derechos y Justicia, a fin de poder tener un marco de razones justificativas que sirvan como elementos de posterior desarrollo para el trabajo.

El primer capítulo, enfoca una cierta descripción del nacimiento de la garantía, la que tiene lugar a partir de la Ley Fundamental de Bonn, para posteriormente aparecer en otras varias, entre ellas la Constitución Español de 1978, que por su influencia en nuestro medio es materia de análisis.

El segundo capítulo, trata de materializar a partir de la descripción de ésta garantía, la finalidad de éste trabajo, haciendo un examen de lo que considero sería la corriente adoptada por el Constituyente, como medio de dación de contenido a los derechos fundamentales, así como el estudio del método utilizado, el criterio intersubjetivo conformador de contenido y el principio de proporcionalidad como procedimiento de justificación de eventuales acciones regresivas al contenido de los derechos.

Como tercer capítulo, se hace una evaluación de ésta contextualización, a través de cómo y cuál ha sido el enfoque que ha dado la Corte Constitucional acerca de la garantía del contenido esencial por medio de sus sentencias.

DEDICATORIA.

La virtud de este pequeño trabajo, reside propiamente en el alma grande de tres seres que de mil maneras alimentan diariamente cada acto de mi vida, y para los cuales no sólo tengo por dedicar esta tesis, sino el ejercicio continuo de mi existencia en este mundo.

Sofía Moreno, hija amada, razón de mi presencia y motivo de mi ser.

Jorge Moreno, padre, maestro y guía.

Miriam Yánes, madre, pureza infinita y comprensión incondicionada.

AGRADECIMIENTOS.

Un especial agradecimiento a mi tutora de tesis Dra. Claudia Storini, quién con su paciencia, confianza y conocimientos impartidos tanto en clases de la maestría, como en el proceso de elaboración de ésta tesis me permitió corregir desaciertos, y mantener una visión amplia y complementaria en la necesidad por elaborar planteamientos contextualizados a nuestra realidad.

Agradezco además, a mis queridos abuelos Guillermo Yánes y María Ordoñez, quienes a través de su calidez me han brindado su apoyo e impulso incondicional, en cada momento de mi vida. De la misma forma a quienes con el honor debido puedo llamar como mis amigos de la maestría: Vladimir Bazante, Pablo Bonilla, Claudio Guerrero y Boris Barrera, con quienes entre risas y desvelos compartimos en la Universidad Andina las pocas cosas que nos podíamos brindar, y lo mucho que cada uno aporta hasta el día de hoy con su invalorable amistad.

A mis profesores de la Universidad Andina, Doctores Ramiro Ávila, César Montaña, Agustín Grijalva, Ernesto Albán, Julio César Trujillo, Luis Fernando Torres, Judith Salgado, a quienes agradezco por compartir sus conocimientos y experiencia para con nosotros.

De igual manera, agradezco a todos mis compañeros de la maestría de Derecho Constitucional, con quienes compartimos inolvidables momentos. Agradezco también a Angélica Cordero y Pachita, así como a Thelmo Rodríguez y Mercedes del Tribunal Contencioso Electoral por su gran gentileza y amabilidad para conmigo.

ÍNDICE.

Introducción.

Una breve reflexión sobre los derechos y el sentido de la justicia, como sustento de legitimidad.....	11
---	----

CAPITULO I: SOBRE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

1	El desprendimiento de la idea de legitimidad.....	28
2	Como nace y se configura en la Ley Fundamental de Bonn esta garantía.	
2.1	Origen.....	31
2.2	Configuración.	
2.2.1	Reserva de ley como presupuesto del contenido esencial.....	33
2.2.2	La garantía de vinculación del los poderes públicos y la garantía de contenido esencial.....	35
3	Como nace y se configura en la Constitución Española de 1978 esta garantía.	
3.1	Origen.....	37
3.2	Configuración.	
3.2.1	Sobre el tratamiento de la reserva de ley.....	38
3.2.2	Una diferencia entre los órganos constitucionales alemán y Español, (el método).....	42
4	¿Qué se protege como la esencia del contenido en un derecho fundamental?	
	Teoría Subjetiva y Objetiva.	
4.1	Teoría subjetiva.....	45

4.2	Teoría Objetiva.....	47
4.3	El doble carácter de los derechos fundamentales, Haberle y su planteamiento de amalgama.....	49
4.4	Sobre la existencia de límites a los derechos y la posibilidad de su desarrollo....	52
4.5	Haberle y su interpretación de los límites a los derechos como inmanentes.....	55
5	¿Cómo debe singularizarse la esencialidad?, La comprensión del contenido esencial como absoluto o relativo.	
5.1	Teoría absoluta.....	58
5.2	Teoría Relativa.....	61
5.3	Teorías mixtas.....	61

CAPÍTULO II: La Garantía del Contenido Esencial en la Constitución Ecuatoriana del 2008.

1	El problema del conocimiento jurídico, ¿Cómo debería entenderse el contenido de los derechos fundamentales?.....	63
1.1	(Iusnaturalismo) Contenido entendido como ontológico sustancial.....	65
1.2	Empirismo. Derechos y contenido a partir de la descripción.....	67
1.3	El Criticismo de Kant.....	71
1.4	Constructivismo, el derecho como obra sujeto a límites.....	72
1.4.1	Vínculos al Constructivismo.....	74
2.	La necesidad inmanente de los principios en un Estado Constitucional. Principios también como mandatos a concretar.....	78

2.1 Crítica de Dworkin a Hart.....	80
2.2 Propuesta de Dworkin y el desarrollo teórico de Alexy.....	80
2.3 Planteamiento de Atienza y Ruiz Manero.....	82
2.4 Sieckmann y la caracterización de los principios como reiteración de mandatos de validez.....	83
2.5 Habermas y la objeción de los principios como valores.....	84
2.6 Opinión al respecto y la caracterización de los principios como mandatos a concretar.....	85
2.6.1 Principios como mandatos a concretar.....	88
2.6.2 Operatividad del mandato a concretar, iterabilidad como presupuesto.....	91
2.6.3 ¿Pero cómo operan los principios en el razonamiento jurídico?.....	94
3. Método de Construcción (Normas, Jurisprudencia y Políticas Públicas).....	95
3.1 Normas.....	95
3.1.2 Una breve consideración sobre la amplitud del concepto de norma.....	97
3.1.3 ¿Qué debemos entender por norma en el contexto del Art. 11 # 8 de la Constitución?.....	101
3.2 Jurisprudencia.....	105
3.2.1 ¿A partir de que valores y derechos se sustenta la creación del precedente en sede judicial?.....	108
3.2.2 Justicia formal, igualdad y seguridad jurídica.....	109

3.2.3 Sobre la creación de la regla jurisprudencial.....	110
3.2.4 Problemas jurídicos, (Abducción como presupuesto).....	112
3.3 Políticas Públicas.....	115
4 ¿En base de que criterio intersubjetivo radica la esencialidad en la Constitución 2008?.....	118
5 Principio de proporcionalidad en la Constitución del 2008, como método de justificación de las limitaciones a los derechos y operatividad del mismo.....	121
5.1 Subprincipio de idoneidad.....	125
5.2 Subprincipio de necesidad.....	126
5.3 Principio de proporcionalidad en “sentido estricto”, (Ponderación).....	128
5.4 Operatividad del Principio de Proporcionalidad (justificación material).....	130
 CAPÍTULO III: Sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana sobre el Contenido Esencial.	
1. Sentencias 003-09-sep-CC, y 12-09-sep-CC.....	134
1.1 Sobre la postura de Serna y Toller, adoptada por nuestra Corte Constitucional frente al “conflictivismo” y su propuesta “metodológica alternativa”.....	137
2. Sentencia N.º 0007-10-SEP-CC.....	139
3. Antecedentes varios.....	142
 CONCLUSIONES.....	 145
 BIBLIOGRAFÍA.....	 149

Introducción.

Una breve reflexión sobre los derechos y el sentido de la justicia¹, como sustento de legitimidad.

Concuerdo plenamente con Nino², en que generalmente se considera que tanto los derechos como la justicia, son elementos que se justifican por sí mismos; y qué por ello, la tarea de encontrar un fundamento a los mismos, es un asunto vacuo³ que se explica tautológicamente al decir simplemente que nos pertenecen por ser parte de la humanidad, o a partir de su positivización⁴. Sin embargo, si los derechos como la justicia, son elementos que no necesitan de justificaciones ulteriores⁵, por qué los seres humanos tenemos que seguir preguntándonos una y otra vez, “¿bajo qué precio, bajo cuáles bases contractuales se restaurará el orden? Aquí está, con toda evidencia, el centro del problema”⁶.

Ciertamente, la realidad constitucional histórica de nuestro país y de muchos otros, es consecuencia de una reiteración sucesiva a esta pregunta, prefijada por una serie de aspectos fácticos que la motivan, y originan puntos de quiebre o corte de legitimidad, en las realidades sociales e institucionales, evocando como consecuencia un reencuentro “con una posición original”⁷ que demanda la existencia de un nuevo “contrato social”.

Paradójicamente, estos puntos de quiebre o corte, se originan como consecuencia de una negación, generalmente total o parcial de aquello que consideramos obvio y positivado

¹ Al respecto, tomo seriamente y como necesaria la advertencia, que el mismo Zagrebelsky se hace al respecto, al hablar de justicia “hablemos, pero poco” Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini, La exigencia de Justicia, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pág. 17.

² Carlos Santiago Nino, Ética y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, pág. 3

³ Hans Kelsen, ¿Qué es la justicia?, México DF, Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y Política, Vigésima Reimpresión 2007, pág. 45 y ss.

⁴ Al respecto, Bulygin le hace a Los derechos subjetivos, según esta posición no serían limitables y devendrían en absolutos una interesante crítica, al respecto, ya que para él, los derechos son tangibles únicamente, en cuanto constituyen derecho positivo, Eugenio Bulygin, Revista Doxa N 4 1987, “Sobre el Status ontológico de los derechos humanos”, pág. 79

⁵ En nuestro medio, uno de los pocos juristas que ha dado un fundamento a este planteamiento ha sido Ramiro Ávila Santamaría, Constitución del 2008 en el Contexto Andino, “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia” 2008, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, pág. 19 y ss.

⁶ Teilhard de Chardin, El fenómeno Humano, Barcelona, Ediciones Orbis S. A., 1984, pág. 234.

⁷ Al respecto Rawls menciona “En cualquier momento podemos colocarnos en la posición original, por decirlo así, siguiendo simplemente cierto procedimiento, a saber, el de argumentar en favor de los principios de la justicia conformes con estas restricciones” Jhon Rawls, Teoría de la Justicia, México DF, Fondo de Cultura Económica, Cuarta Reimpresión 2003, pág. 31.

(derechos y justicia), siendo por ello, igualmente válida en la actualidad, la reflexión realizada por Hamilton al respecto:

“Ya se ha dicho con frecuencia que parece haberle sido reservado a este pueblo el decidir, con su conducta y ejemplo, la importante cuestión relativa a si las sociedades humanas son capaces o no de establecer un buen gobierno, valiéndose de la reflexión y por que opten por él, o si están por siempre destinadas a fundar en el accidente o la fuerza sus constituciones políticas”⁸

Al parecer, las sociedades generalmente se han decantado por la segunda opción, es decir, hemos llegado a generar constituciones, basadas en situaciones de insostenibilidad, que condujeron a una concreción de postulados que idealizan el fraccionamiento con el pasado y refuerzan un futuro más promisorio, lo cual se matiza claramente en Constituciones como la Francesa de 1791, la Ley Fundamental de Bonn⁹, la Constitución Italiana¹⁰, la Constitución Japonesa¹¹, la Constitución Española¹², la Constitución Ecuatoriana del 2008¹³, etc.

Por ello, la positivización aunque indispensable¹⁴, al parecer no constituye un elemento suficiente, si no existen los fundamentos que ciertamente construyan la legitimidad de un ordenamiento jurídico en base a los parámetro básicos descritos, derechos como cimiento de donde todo el ordenamiento jurídico parte y hacia donde todo debe confluir, y justicia como armonización y encausamiento de los mismos, de ahí que como diría Kant al

⁸ Alexander Hamilton, El Federalista, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2004, pág. 3.

⁹ Art. 1.1, 1.2 y 1.3 como referencia

¹⁰ Art. 3 y 11 como referencia

¹¹ Art. 9 como referencia

¹² Art. 1.1, 9.1, 9.2 9.3, 10 como referencia

¹³ Preámbulo, Art. 1, párrafo 1 y 2, Art. 10 y 11. como referencia

¹⁴ Tal como lo hizo notar el preámbulo de la Constitución Francesa de 1791 “Los representantes del pueblo constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes.....”

respecto, “La ciencia puramente empírica del derecho es (como la cabeza de la fábula de Fedro) una cabeza que podrá ser bella, pero tiene un defecto y es que carece de seso”¹⁵.

Lo mencionado, fue observado claramente por los artífices del contractualismo racionalista, quienes trataron de aportar justificativos tendientes a construir el derecho desde parámetros estandarizados en una legitimidad superior, lo cual ciertamente constituyó un cambio de “paradigma jurídico”¹⁶, siendo por ello necesario retomar el aporte esencial¹⁷ del contractualismo.¹⁸

Bifurcación entre estado de naturaleza y contrato social.

Salvando las diferencias al respecto entre (Hobbes, Locke, Rosseau y Kant) sobre todo en lo relacionado a la concepción que cada uno representa sobre el “estado de naturaleza”; la escisión entre estos dos escenarios supuso empezar a ver a la sociedad y al derecho desde una perspectiva considerablemente distinta.

En efecto, Aristóteles por ejemplo, concebía a la “Polis” a partir de una interpretación de las leyes naturales, como un efecto o producto de aquellas, describiéndola como “una de las cosas más naturales, y que el hombre, por su naturaleza, es animal político o civil....”¹⁹, lo cual indefectiblemente conlleva a conceptualizar el derecho trasplantando leyes naturales en jurídicas y legitimándolas a partir de un supuesto orden natural de las cosas²⁰, siendo por ello que se teorizó la existencia de una sociedad y se construyó un modelo normativo,

¹⁵ Immanuel Kant, Principios Metafísicos del derecho, Buenos Aires, Americalee, 1943, pág. 46.

¹⁶ Según Habermas “un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de sociedad contemporánea de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas” op cit. 263 y 264.

¹⁷ Eduardo García de Enterría, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Navarra, Thomson Civitas, 2006, pág. 57 - 61

¹⁸ Sobre una crítica actual al contractualismo en Mario Bunge, Filosofía Política, Solidaridad, Cooperación y Democracia Integral, Barcelona, Editorial Gedisa, 2009, pág. 190 - 192.

¹⁹ Aristóteles, Política Vol. I, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985, pág. 32.

²⁰ Aristóteles en este sentido expresa “Otros hay que tienen por opinión que el señorear es cosa fuera de la naturaleza, porque la ley es la que ordena que este sea siervo y el otro sea libre; pero que en cuanto a lo natural, no difieren en nada, y que por esto no es cosa justa la servidumbre, pues es cosa forzosa y violenta. Pero pues la posesión o alhaja es parte de la familia, y el arte de poseer es parte de la economía - porque sin las cosas necesarias ni se puede vivir, ni bien vivir.”

valorizando ciertas características en desmedro de otras, creando, status privilegiados y otros que son objeto de sujeción, discriminación e incluso persecución, tales como la raza, sexo, religión, origen social, etc.

Desde esta perspectiva, el origen del poder y consecuentemente el derecho es por lo tanto un hecho natural o divino²¹, propiedad y ejercicio del más fuerte, preexistente al hombre, y por tal motivo, incuestionable.

La visión desde Hobbes acerca del estado de naturaleza²², se adecúa perfectamente a la consideración aristotélica mencionada en líneas anteriores. De la misma forma Rousseau²³, y en menor medida Locke²⁴ aluden a un aspecto básico, el estado de naturaleza, es primacía del más fuerte, deviniendo su ilegitimidad en contrariar a la razón, por haber construido un sistema de sujeción entorno a una “falacia naturalista”²⁵, que se manifiesta principalmente en la construcción de un sistema normativo que sustente su accionar en la existencia previa de un orden natural como justificación y medio de imposición a la voluntad de los hombres. La razón²⁶, constituirá por ende el sustento para bifurcar dos momentos, un natural sujeto a una coalescencia forzosa, y otro completamente artificial, convencional, e institucionalizado en un sistema de derechos, regentado por la justicia como elemento

²¹ Al respecto, C. J. Friedrich, *La Filosofía del derecho*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1997, pág. 21 y ss.

²² “Si a la proclividad que tienen los hombres a hacerse daño los unos a los otros, la cual proviene de sus pasiones, pero principalmente de la vana estima que tienen de sí mismos, añadimos ahora el derecho que todos tienen a todo, según el cual uno puede invadir por derecho lo que otro puede por derecho defender y del cual surgen por todas partes envidias y sospechas perpetuas; y si consideramos cuán difícil es protegerse contra un enemigo que nos invade con la intención de oprimir y destruir, aunque venga en pequeños números y mal pertrechado no podrá negarse que el estado natural de los hombres antes de que entraran en sociedad fue un estado de guerra.....” Thomas Hobbes, *De Cive*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, pág. 62 y 63.

²³ “Hasta entonces cuantas capitulaciones se hayan hecho, como solo están fundadas en la violencia y, por tanto, son nulas por el mismo hecho, no puede haber en esta hipótesis ni verdadera sociedad ni cuerpo político ni otra ley que la del más fuerte” Rousseau, op cit. 116.

²⁴ “A esta extraña doctrina - es decir, a la doctrina de que en el estado de naturaleza cada hombre tiene el poder de hacer que se ejecute la ley natural- se le pondrá, sin duda, la objeción de que no es razonable que los hombres sean jueces de su propia causa; que el amor propio los hará juzgar a favor de sí mismo y de sus amigos, y que, por otra parte, sus defectos naturales, su pasión y su deseo de venganza los llevará demasiado lejos al castigar a otros, de lo cual sólo podrá seguirse la confusión y el desorden.....” Jhon Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza Editorial, pág. 5.

²⁵ Al respecto Moore sostiene “Cuando alguien confunde entre sí dos objetos naturales, definiendo el uno en lugar del otro, por ejemplo, si confunde así mismo – un objeto natural- con placer o placer – que son otros objetos naturales, no hay entonces para denominar a esto falacia naturalista. Pero si confunde bueno, que no es, en el mismo sentido, un objeto natural, con cualquier objeto natural, hay razón entonces para llamar a esto falacia naturalista” George Moore, *El Tema de la ética*, en *Doce Textos Fundamentales de la ética del Siglo XX*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pág. 107 y 108.

²⁶ Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985, pág. 259 y ss.

funcional a la libertad de los contratantes según la visión de Kant²⁷ y perfeccionado posteriormente por Rawls a través de sus dos principios de la justicia²⁸.

Por lo tanto, retomando líneas anteriores podríamos decir, que el hecho de que las sociedades funden sus constituciones “en el accidente o la fuerza”, implica solventar una hipótesis como el estado de naturaleza en la realidad, debido a una constante de permanente retorno, entre una legitimidad superior aceptada, consensuada y por ende sustentada en la razón, y su obliteración, pre anticipada por vías conducentes a la asunción y control del más fuerte.

Pero, ¿por qué la razón se constituye en un punto inercial, que permite legitimar un contrato social, a la vez que fundamenta un sistema de derechos?

La distinción en Kant, entre, causalidad según leyes naturales y causalidad por libertad²⁹.

Kant, efectúa una distinción que a mi juicio resulta ser crucial, a fin de poder evidenciar el ¿por qué es legítimo un contrato social? Y sobre todo, ¿por qué a partir del contrato ha de derivarse un sistema de derechos que tiene como correlato a la justicia?

Kant parte al respecto, de dos premisas básicas antitéticas:

- **“No hay libertad, sino que todo cuanto sucede en el mundo obedece a leyes naturales.”**

Este postulado es correlativo explícito, de un estado de naturaleza. Precisamente, al sostenerlo tendríamos que manifestar que todo cuanto sucede en el mundo y por

²⁷ “Es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según sus leyes universales” Immanuel Kant op cit. 47.

²⁸ Jhon Rawls op cit. 67.

²⁹ Immanuel Kant, op cit. 332 y ss.

consiguiente en la sociedad, no puede implicar sino el mero efecto reflejo de una causa o ley natural, primaria, no sujeta a las condiciones de tiempo y espacio y por ende, pretérita, inamovible e inobjetable, que condiciona irremediabilmente la realidad.

Todos los seres, al estar condicionados por un sistema de causalidad natural – fatal, tendríamos como consecuencia roles predeterminados, adscritos a nuestra esencia de seres incapaces de poseer voluntad por encima de lo que las leyes naturales prefijan, reflejando inexorablemente la suprema afirmación de unos sobre otros. Así entonces, el derecho y los derechos, solo pueden ser entendidos como la justificación de la imposición, siendo válido lo expuesto por Rousseau “El más fuerte no es nunca lo bastante fuerte para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber.....”³⁰

Sin embargo, esto no viene a ser sino la evidencia, de que el entendimiento es considerado única y exclusivamente a través de de una relación perceptivo – intuitiva, que induce a entender solamente la existencia de los fenómenos como extensiones de nuestras representaciones³¹, es decir, que nuestra visión de los sucesos de la realidad, constituyen el fundamento para aplicarlos a nuestra forma de existencia.

- **“La causalidad según leyes naturales no es la única de la que pueden derivarse todos los fenómenos del mundo; para explicarlos es preciso suponer, además, una causalidad por libertad”.**

La segunda tesis de Kant, se complementa de dos modos, ya que, supone que la libertad como un concepto puro o ideal trascendental, bajo el cual un ser podría determinar plenamente su voluntad como ejecución de su libertad, originando causas en el mundo

³⁰ Juan Jacobo Rousseau, op cit. 159.

³¹ Arthur Schopenhauer, El Mundo como Voluntad y Representación, Libro IV, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985, pág. 118.

sensible, lo cual, se contrapone a la ley misma de la causalidad, si no se tiene en cuenta que somos parte de una dimensión regida por este fenómeno³².

Por lo tanto la simbiosis entre libertad como un concepto puro y la “ley universal de la necesidad de la naturaleza”, determinan la libertad como un aspecto clave en la explicación de la autonomía de la voluntad.

Precisamente, según Kant, la libertad práctica resultante, sería “la independencia del arbitrio respecto de la imposición de los impulsos de la sensibilidad.....El arbitrio humano es ciertamente *arbitrium sensitivum*, pero no *brutum* sino *liberum*, por que la sensibilidad no hace necesaria su acción, sino que es inherente al hombre una facultad de determinarse por sí mismo independientemente de la imposición de los impulsos sensibles”³³

El camino hacia un Contrato social.

Por lo expuesto podemos decir, que al existir entre las causas y los efectos una implicación por necesidad, la libertad encontraría su asidero en cuanto niega aquella necesidad y concomitantemente los efectos, por primacía de la razón³⁴.

El resultado es claro, efectivamente existen causas a las que nos vemos sometidos, que pueden manifestarse como intolerables (estado de naturaleza de Hobbes y Rosseau esencialmente), sin embargo, la razón permite sobrepasar la mera apariencia de los fenómenos, y es por ello que el ser humano acepta que si bien está regido por un conjunto de encadenamientos causales, conocerlos y reflexionar sobre ellos puede conducir a posteriori a evitar su propia desgracia o atenuar la misma, a través de medios contruados para el efecto. Esta capacidad es reflejo de un margen de libre albedrío, que pertenece a

³² Immanuel Kant, op cit. 374; Schopenhauer, op cit. 112.

³³ Immanuel Kant, op cit. 372.

³⁴ “Nada escapa al principio de causa y efecto, pero hay muchos planos de causación y uno puede emplear las leyes del plano superior para dominar a las del inferior” El Kybalion, Bogotá, Editorial Solar, pág. 141 y 142.

cada ser humano, y que encuentra en el contrato social y en el derecho una de sus expresiones.

Por ello, es necesario sostener que un contrato social deviene en legítimo, únicamente en cuanto es un medio para la realización de cada uno de los seres en un "efecto de unión"³⁵, lo contrario significaría un regreso al estado de naturaleza, aunque persista la sociedad por coalescencia forzosa.

El contrato social es por ello, el punto de llegada como resultado de la voluntad de seres racionales vista desde un sentido de libertad eminentemente negativo³⁶, en cuanto, sirve de presupuesto para negar los efectos de una causalidad natural³⁷, pero precisamente por este contrato y a través de él, inicia un punto de partida, que debe construirse conjuntamente con una libertad positiva.

La construcción de un sistema de derechos y la justicia como su correlato.

La libertad positiva³⁸, alude, precisamente a la posibilidad inmanente de su permanente construcción por cada miembro de la sociedad (ausencia de interferencias), y de ésta última para con cada uno de los contratantes (inmediación del Estado para su construcción real)³⁹, de tal manera que para negar los efectos de un régimen de causas naturales los seres debemos crear los medios para el fin perseguido a partir de nuestra capacidad de abstracción; queriendo decir con ello, que cualquier ser es capaz de generar un ámbito de autonomía, a partir del cual ejerce una voluntad individual, predisponiendo un ejercicio de libre elección respecto de su entorno, que no puede ser desvalorizado.

³⁵ Teilhard de Chardin, op cit. 247.

³⁶ Immanuel Kant, Fundamentación para una metafísica de las costumbres, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pág. 140.

³⁷ En el mismo sentido al hablar sobre la justicia, H.L.A. Hart, El Concepto del Derecho, México DF, Editora Nacional, 1961, pág. 205.

³⁸ Immanuel Kant, op cit. 141

³⁹ Isaiah Berlin, Cuatro ensayos sobre la libertad, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pág. 38 y ss.

La capacidad de todos los seres de influir en la realidad en mayor o menor medida, se especifica como un valor en sí mismo, del que se desprenden como consecuencia una serie de derechos, que como medios traducen constantemente el ejercicio de su libertad, infiriéndose como construcciones artificiales⁴⁰ que posibilitan una facultad de los seres.

Los derechos, son desde esta perspectiva, *artificios* que representan aquellos espacios vitales, que los seres en una “posición original” consideran como valiosos para poder construir adecuadamente su libertad, esquematizándolos en un régimen de idealidad⁴¹, los cuales perseguirían dos objetivos: por un lado la generación de una libertad negativa, en cuanto constituyen la negación de procesos de causalidad natural entre ellos el dominio o supervivencia del más fuerte, y positiva en cuanto representan y pueden representar todas aquellas facultades, que permitan a un ser poseer ámbitos de autonomía no circunscritas *prima facie* a condicionamientos empíricos y circunstancias temporales – espaciales.

Los derechos son en este sentido, “valores objetivos”⁴² correspondientes a cada ser naturalmente por igual, en cuanto a que en mayor o menor medida pueden generar ámbitos de autonomía. Pero que cada ser encuentre respecto de otro una gama igual de derechos, retoma el escollo descrito por Hobbes, ya que “si cada persona retiene su derecho a todas las cosas, de ello se sigue necesariamente que unos pueden con derecho invadir, y otros, en virtud del mismo derecho, pueden defenderse contra aquellos.”⁴³

⁴⁰ Esta posición es entendida también por Nino, quién desde el inicio de su fundamentación sobre los derechos alude el carácter de los derechos como artificios, que poseen un sustento natural, a la vez que constituyen elementos de negación de causas naturales, Carlos Santiago Nino, *ética y Derechos Humanos*, un ensayo de fundamentación, Buenos Aires, Editorial Astrea, Segunda Reimpresión 2007, pág. 1 y ss.

⁴¹ Immanuel Kant, op cit. 386 y 387.

⁴² En cuanto no están sometidos a los condicionamientos descritos, y solamente en la medida en que posibiliten el ejercicio de la libertad negativa y positiva, desterrando cualquier concepción utilitaria por ejemplo.

⁴³ Thomas Hobbes, op cit. 68.

La construcción de la Igualdad.

Por ello, a la igualdad natural, se la debe aunar una construcción artificial sustentada en dos aspectos. En primer lugar, la igualdad, es en sí misma construcción cuando descansa uniformemente en la unidad, su ausencia es motivo de diferencia. Ahora bien, si cada ser puede sustentar de forma diferente su accionar en función a la autonomía de su voluntad ¿Cómo sustentar derechos entorno a la igualdad sin contrariar la unidad?

En cuanto a la uniformidad, el sustrato común descansa a mi concepto y de forma más amplia que en el ejercicio de la razón; en la capacidad de lo que Heidegger llamaría un “ser ahí”⁴⁴, para condicionar e influenciar en la realidad temporal – espacial a la que se encuentra circunscrito, a partir de su existencia como objetivación de un ámbito de autonomía que puede discurrir en distintos grados⁴⁵.

En consecuencia, la existencia de cualquier “ser ahí”, representa de por sí, un carácter primario de valoración, deviniendo como consecuencia caracteres relacionales, de complementariedad, correspondencia y alteridad que rigen y deben regir a los “seres ahí”; por lo que en función a ellos existirá una idea concomitante estatuida como dignidad⁴⁶, que implicará a su vez el “deber”⁴⁷ de respeto mutuo.

⁴⁴En este punto tomo prestado el concepto de Heidegger, respecto de la distinción que realiza sobre el “ser” y el “ser ahí”, que implica en su visión un ser fáctico que sólo puede explicar el “ser” en la medida de sus condicionamientos esto es su “ser en el mundo” (existente en el espacio), y su temporalidad. Martin Heidegger, *El Ser y el Tiempo*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2008, pág. 27, 30, 65 y ss. y 253 y ss.

⁴⁵ Desde una planta como organismo, hasta la forma más inteligente existente. De ahí, que la manera de concebir “derechos” en la Constitución Ecuatoriana, tenga un carácter expansivo hasta englobar a la naturaleza, tal y como se manifiesta en el preámbulo “CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”, “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de la personas y las colectividades;” Art. 10 párrafo 2 “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.” Y Art. 71 al 74 Constitución de la República.

⁴⁶ Kant, asume que la dignidad solo puede catalizarse a favor de los seres racionales, ya que cada uno al poder determinarse, necesariamente observaría al otro como un valor en sí mismo y no como un medio, motivo por el cual se puede hablar de “dignidad” en cuanto “la necesidad práctica de obrar según este principio, ó sea, el deber, no descansa en sentimientos, impulsos e inclinaciones, sino simplemente en la relación de los seres racionales entre sí, en la cual la voluntad de un ser racional tiene que ser considerada siempre al mismo tiempo como legisladora, porque de lo contrario no podría pensarse como fin en sí mismo”, considero sin embargo que solo en este punto, existe en Kant una apelación muy fuerte a la razón como medio de dotación de dignidad, ya que si bien la construcción presupone la razón, la atribución de dignidad solo a seres que son capaces de racionalizar objetivamente las relaciones de unos con otros, nos deja al margen a casi todos, en cuanto entes dignos

⁴⁷ Kant, conceptualiza el deber moral como “La necesidad objetiva de una acción por obligación se llama deber” op cit. 131. Un buen análisis sobre la distinción entre deber moral y el jurídico en Juan Carlos Bayón, *Deber Jurídico*, en *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pág. 313 – 331, y sobre quienes sostienen una posición que los amalgama a través de lo que Nino llama una

La construcción de la unidad, justicia como presupuesto.

En el contractualismo y neocontractualismo, la idea de unidad, difiere en las representaciones de como se ha de construir aquel contrato, Locke, Kant, y Rawls, enfatizan en los derechos y la justicia como presupuesto, mientras que Rousseau y Habermas lo fundamentan en el “principio democrático”; a la vez que Gauthier lo enfoca en un sentido que se lo podría decir como crítico intermedio a través de un modelo moral contractualista⁴⁸. Dada la naturaleza de este trabajo me remitiré exclusivamente y de forma breve, a la justicia como presupuesto de la unidad.

La construcción de Kant, del “deber moral”⁴⁹ de respeto, como presupuesto contribuyente de la consideración de los seres como fines en sí mismos y no como medios⁵⁰, otorga un cimiento justificativo claro, a fin de construir la unidad⁵¹ a partir de la diferencia⁵².

Si cada quién representa un valor en sí mismo, que a la vez es fin en un sistema relacional, el deber de respeto mutuo determina, que la afirmación de la voluntad de un ser sobre otro, en la medida en que impida el ejercicio de su libertad (negativa y positiva), implica un acto de injusticia, al eliminar en primera instancia la igualdad como atributo.

“adhesión normativa”, *Ética Y Derechos Humanos*, op cit. 23 e *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, pág. 190 – 195.

⁴⁸ “Al incorporar la moralidad a la justificación deliberativa, reconocemos una nueva dimensión en la autoconcepción del agente. Pues la moralidad requiere que una persona tenga la capacidad de obligarse así misma, de llegar a un acuerdo con sus congéneres, con la seguridad que les proporciona la conciencia de que puede cumplir y cumplirá su parte en el acuerdo, sin tomar en cuenta muchas de aquellas consideraciones que normal y justificadamente entrarían en sus futuras deliberaciones” David Gauthier *¿Por qué Contractualismo?*, Revista Doxa 6 (1989), pág. 38.

⁴⁹ “obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer al mismo tiempo se convierta en una ley universal” Immanuel Kant, *Metafísica de las Costumbres*, op cit. 104.

⁵⁰ Immanuel Kant, “Pues los seres racionales están todos bajo la ley de que cada cual no debe tratarse así mismo ni a los demás, nunca simplemente como medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí mismo” op cit. 122.

⁵¹ Al respecto, Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del derecho*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1961, pág. 143; Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 322; Manuel Atienza, *El Sentido del Derecho*, Barcelona, Ediciones Ariel, 2007, pág. 206 yss.

⁵² “la razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia. No que todos los individuos sean iguales, sino que cada uno tenga derecho a ser diferente. Aquí es donde está el secreto de la proclamación constitucional de la igualdad”. Javier Pérez Royo, *Curso de Derechos Constitucional*, Barcelona, Marcial Pons, 2002, pág. 293.

Pero, al sostener esto solo afirmamos la injusticia como resultado. La justicia como la igualdad y la dignidad son procesos de constante construcción, unidos inescindiblemente a la idea del derecho, lo que ya fue comprendido en cierta medida desde Platón⁵³ y posteriormente de forma notoria en Radbruch quién sostiene “cuando ni si quiera se pretenda hacer justicia, las órdenes que el Estado dé serán emanaciones de su poder, pero no verdaderas normas jurídicas”⁵⁴.

Pero, sería Aristóteles quién sentaría las bases a favor de la construcción de la justicia como un esquema proporcional – geométrico, en donde el “justo medio” procede y “se ha de repartir conforme a la dignidad de cada uno”⁵⁵; siendo a partir de ésta formulación de donde partirá realmente toda la teoría de la justicia moderna.

Sin embargo, la construcción realizada por Aristóteles se especifica bajo la condición de un esquema de formalidad como condición de un uso universal, y por ello, cualquier ideología es plenamente amoldable, por lo que se podrá ajustar la misma para justificar actos buenos como malos, como precisamente ha sucedido en la historia y ha motivado a autores dispares como Kelsen⁵⁶ y Zagrebelsky⁵⁷ a criticar las “fórmulas vacías de la justicia”. Esta aparente imposibilidad de precisar concisamente, “¿qué es la justicia?” sin que pueda degenerarse el concepto, oblijo ciertamente a desvincular la idea de la justicia como correlato del derecho.

Siendo, por este motivo necesario recordar, el sentido mismo de la justicia como sustento de la unidad, a partir de la búsqueda permanente de armonía entre la libertad (negativa y

⁵³ Quién entendería que “todos los conflictos que existen entre derechos y justicia deberán considerarse como una consecuencia de la imperfecta interpretación de las ideas respectivas.” Friedrich, op. cit. 33 y 34.

⁵⁴ Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho* op cit. 47. Sostiene además “la pauta axiológica del derecho positivo y meta del legislador es la justicia” op cit. 31.

⁵⁵ Aristóteles, *Ética a Nicómano* Vol I, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984, pág. 159.

⁵⁶ Hans Kelsen, op cit. 45 y ss.

⁵⁷ Gustavo Zagrebelsky, op cit. 18.

positiva) de los seres, solamente pretendiendo este sentido de la justicia es posible hablar de construcción de la misma, teniendo como base conceptos formales⁵⁸.

La constante afirmación de armonía, es consecuentemente idea de justicia y unidad, pero, ¿qué expresa este juicio?. Bajo un contexto existencial de desenvolvimiento relacional, la función de libertad (negativa o positiva), al generar un sistema de derechos como proyecciones artificiales de la misma, con sustento en el ideal de dignidad e igualdad, evoca la aparición de un conjunto de pretensiones que pueden constituirse en antagónicas, deviniendo la armonía, como la adecuada búsqueda de combinación, concordancia, y correspondencia, a partir de la “ley de compensación”⁵⁹ sobre las pretensiones contrarias, que no destruye ni a uno ni a otro, sino que los conjuga en la mejor medida posible.

En el derecho, la armonía entendida a partir de la “ley de compensación”, tiene lugar en cuanto se busca una apropiada equivalencia entre derecho como “pretensión” y su mutuo “deber”, que le es inherente, lo cual constituye el núcleo de la teoría de Hohfeld⁶⁰ en torno a las relaciones jurídicas.

La armonía con sustento en la “ley de compensación”, explica además dos aspectos sustanciales, en primer lugar la inexistencia de derechos absolutos, ya que un derecho siempre existirá como sustento de un deber y viceversa; y en segundo lugar la necesidad de justificar el ¿por qué? tiene lugar la compensación como sustento para buscar un equilibrio adecuado que pretenda la consolidación de la unidad.

⁵⁸ Sobre la distinción entre justicia como idea formal y equidad como proyección al caso concreto, Gustav Radbruch, Introducción a la Filosofía del derecho, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1997, pág. 33.

⁵⁹ Es necesario tener en cuenta, que la ley de compensación no posee ningún contenido ni función utilitaria, en todo caso se la podría considerar teleológicamente de esta manera “jamás en este mundo los odios cesan con los odios. Cesan con la benevolencia: ésta es una ley eterna”, aunque de esta manera estemos cuestionando toda la forma de considerar y llevar el derecho, especialmente diría yo en el campo penal. Una aproximación de este punto de vista Nino ya lo planteó en su obra ética y Derechos Humanos, op cit. 307 y 308.

⁶⁰ Al respecto, Juan Ramón de Páramo, Derecho Subjetivo, en El Derecho y la Justicia, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pág. 375 y ss; Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 180 y ss.

Entonces, si la dignidad y la igualdad son cimiento y estructura respectivamente de la uniformidad, la justicia es reconducción hacia la unidad, entendiendo el sentido de la justicia, si y sólo si puede compensar cualquier situación desventajosa (especialmente fruto de una causalidad natural - fatal) y equipararla a fin de generar uniformidad en la unidad, como medio de existencia de armonía y paz social.

La justicia por ello, posee un sentido material que establece los márgenes de su concepción, la cual no tiene ni puede poseer un ningún sentido utilitario, ni tampoco ser observada a partir de la libertad negativa y positiva de los individuos, que es solamente presupuesto de la existencia de derechos.

La justicia como armonización es por lo tanto en el contexto del derecho, la búsqueda institucional sistemática, que posibilita que cada persona pueda ejercer de la manera más óptima sus derechos, creando proporcionalmente las condiciones necesarias para el ejercicio de todos⁶¹ (compensación), a fin de que todos los seres se encuentren en el mismo estado o posición (unidad).

Uno de los problemas básicos y más prácticos se ha presentado en torno al régimen de propiedad y su distribución notoriamente desigual. Si concebimos por ejemplo desde un punto de vista liberal o neoliberal, la justicia como el resultado de la ausencia de intervenciones por parte del Estado, evidentemente la unidad no se consigue ni si quiera para todos aquellos que pueden acceder a los bienes, ya que impera la ley del más fuerte.

De la misma manera, si queramos y buscamos una sociedad vista desde la prismática utópica a lo Tomás Moro, en la cual la propiedad privada es un sin sentido, en la realidad, existirán bienes que evidentemente deben pertenecernos privativamente como un derecho, a fin de que también el más fuerte no los pueda poseer, y se disgregue la aparente unidad

⁶¹ Isaiah Berlin, Cuatro ensayos sobre la libertad, op cit. 47.

conseguida por la eliminación de la propiedad privada en asunción a otras formas de dominio.

Por ello como dijera Bunge, “no es la propiedad privada la que es antisocial, sino su uso en desmedro de otros”⁶², lo que provoca la carencia de justicia. La propiedad privada entendida en las dos formas mencionadas no puede en modo alguno conseguir la unidad, la misma es viable como lo observara Rawls a través de sus dos principios de justicia⁶³, de diferencia⁶⁴ y de diferencia lexicográfica⁶⁵, si y solo si es beneficiosa para todos⁶⁶.

En la Constitución del 2008, la compensación como búsqueda de armonización se sustenta teleológicamente en la idea del “buen vivir” como presupuesto material para alcanzar la unidad, entendiendo que la compensación no opera solamente como efecto de equiparación de los menos aventajados hacia los que se encuentran en una posición favorable, sino, que la misma posee más peso o fuerza cuanto mayor sea la situación de desventaja.

Por lo que podríamos decir en definitiva, que los seres seamos iguales y dignos no es indicativo de que a partir de aquello se ha generado un orden armónico en el que prime la paz social, todo lo contrario, ya que al ser todos valores, al que por igual nos corresponden derechos como medio de ejercicio de nuestra libertad, se evoca únicamente un potencial efecto corrosivo y “disgregador”⁶⁷ de la paz social emanado de las distintas “posiciones” que confieren cada derecho a cada persona, de ahí que Zagrebelsky diga que “ni siquiera

⁶² Mario Bunge, *Filosofía Política*, op cit. 171.

⁶³ “Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos” Jhon Rawls, op cit. 67 y 68.

⁶⁴ “Según el principio de diferencia sólo es justificable si la diferencia de expectativas funciona en beneficio del hombre representativo peor colocado, en este caso el obrero no calificado representativo” Rawls, op cit. 83.

⁶⁵ Rawls, op cit. 87.

⁶⁶ “Quién afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas”, Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 pág.198

⁶⁷ Gustavo Zagrebelsky *El Derecho Dúctil* Madrid, Editorial Trotta, 2008, pág. 97.

los derechos humanos valen pacíficamente como fundamento objetivo e indiscutible de la justa convivencia entre los hombres”⁶⁸

La justicia por lo tanto viene a convertirse en un medio que tiende a armonizar las distintas posiciones generadas a partir de la dignidad humana; convirtiéndose junto al principio democrático en la fuente que permite hacer viable la dirección política de una sociedad pluralista, evitando posicionamientos absolutos que tienden a petrificar a las sociedades que como consecuencia generan niveles de injusticia que tienden a deslegitimar el ejercicio de las funciones públicas, construyéndose no solo para la generalidad de casos sino también para las excepciones. La justicia no se predetermina a partir de los derechos como claramente lo enfoca Zagrebelsky⁶⁹, sino que se construye a partir de los deberes, y es en esta correspondencia entre derechos y deberes es donde la justicia se manifiesta como el principio que armoniza las distintas posiciones jurídicas haciendo devenir en legítimo el ejercicio de un estado constitucional a través de la paz social.

Por lo tanto, un Estado que adopte como principios rectores a los derechos como a la justicia, enfatiza en la idea de construir un sistema jurídico consolidado entorno a la legitimidad como presupuesto inherente. Derechos y justicia, no constituyen elementos retóricos que puedan ser vistos como ideales míticos, sino como fundamento mismo de una existencia racional.

Un ordenamiento jurídico por tal motivo, si no admite un reencuentro perenne con la pretensión de legitimidad que genera el respeto y garantía de los derechos, así como la búsqueda de justicia recaerá siempre en la finalidad del “estado de naturaleza”, es decir, en el ejercicio del más fuerte.

⁶⁸ Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini, *La Exigencia de Justicia*, op cit. 20.

⁶⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, op cit. 95.



Un ejemplo reiterativo, y que es conducente por ser materia de desarrollo del primer capítulo de este trabajo, es precisamente la conceptualización del derecho en los gobiernos dictatoriales de antes y durante la segunda guerra mundial, como instrumento o vía de ejecución de sus fines por sobre la voluntad de los seres.

Los fines del más fuerte, son reemplazados en este esquema por los fines del derecho (derechos y justicia), desprendiéndose como consecuencia la idea de legitimidad, así Radbruch manifiesta al respecto:

“El positivismo que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula la ley es la ley, dejó a la jurisprudencia y judicaturas alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley...”

Ante lo cual debemos plantearnos como primer punto, ¿Por qué se produce el desprendimiento de la idea de legitimidad?

CAPITULO 1

SOBRE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL.

1. El desprendimiento de la idea de legitimidad.

En el proceso de evolución del derecho como lo señala Habermas⁷⁰, el modelo se decantaría por una primacía positivo - objetiva del derecho, conducente a un sistema "axiomático - deductivo"⁷¹, del cual no se consigue explicar de dónde recibe su legitimidad el derecho positivo, además de su reducible implicación al principio de soberanía popular.

En efecto, y aunque sea paradójico, la excesiva apelación a la razón realizada por el contractualismo, determinaría una transformación de un sistema de derechos considerado por los contractualistas como expresión de la libertad y resultado de una legitimidad superior como presupuesto inherente, a considerarlos por el legalismo formalista posterior como explicaciones cuasi míticas, que sólo pueden tener lugar por medio de un legislador identificado como el detentador de la razón y por ende de la soberanía⁷².

Prieto al respecto manifiesta, "Voluntad y razón se conjugan en el Estado, más concretamente en un soberano que, guiado por las Luces, descubre y promulga las leyes simples y universales que han de gobernar las sociedades humanas....."⁷³. En este contexto y como es notoriamente conocido, se produce una traslación de un iusnaturalismo afincado en la razón, hacia un positivismo formalista, que concibe a la razón entorno a las formas, explicables en buena medida en cuanto más se asemejen a una ciencia exacta.

⁷⁰ Al respecto Habermas manifiesta: "La reacción a ello fue una evolución cuyo punto final fue la subordinación abstracta de los derechos subjetivos al derecho objetivo, subordinación en la que la legitimidad del derecho objetivo descansa finalmente en la legalidad de una dominación política entendida en términos de positivismo de la ley. Pero el curso de estas discusiones oculta el problema real que la posición central de los derechos subjetivos privados comporta: no se consigue explicar de dónde recibe su legitimidad el derecho positivo. Ciertamente, la fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho.....", Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, pág. 154 y 155

⁷¹ Karl Larenz, *"Metodología de la Ciencia del Derecho"*, Barcelona, Editorial Ariel, 2001, pág. 168.

⁷² Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, op cit. 24 y ss.

⁷³ Luis Prieto Sanchís, *Ideología e Interpretación Jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, pág. 25

El resultado, se centra casi exclusivamente en la ley como Zagrebelsky claramente lo enfoca, lo cual en la realidad determinaría que la legitimación sea en base a un presupuesto formal. Siendo por este motivo, que resurgirían tendencias en oposición a este “positivismo formalista”.

La oposición nacería preponderantemente de la mano del antiformalismo⁷⁴, y sobre todo de una mezcla exótica entre un iusnaturalismo ejercido en función no a una “moral crítica”⁷⁵, sino ante una moral existente en función a la “unidad política”, la cual como bien lo destaca Prieto encarnaba en Alemania directamente en la ideología del Führer, siendo en última instancia, una moral subjetiva – decisionista, que sería el sustento básico para la creación de normas (especialmente leyes), y en base de aquello, influencia básica en el accionar judicial, ya que la legitimidad de una decisión es solo operativa en cuanto sustente el decisionismo del Führer. Schmitt, manifiesta al respecto “Toda unidad política existente tiene su valor y su razón de existencia, no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma...”⁷⁶.

Esta moral exigiría la coexistencia con un modelo de “positivismo voluntarista”⁷⁷, que en conjunto con esta visión deformada del derecho natural darían vida a la arbitrariedad total en el período del nacionalsocialismo alemán, y en la época del Franquismo en España como lo señala Atienza y Ruiz Manero⁷⁸, etc.

Siendo por este motivo, necesario evidenciar que el excesivo formalismo del derecho, al estar teleológicamente vacío, sin poder apelar a cualquier tipo de legitimidad que no sea

⁷⁴ Hermann Kantorowicz, La Definición del Derecho, Madrid, Revista de Occidente, 1958, pág. 57 y ss; Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho pág. 81 y ss.

⁷⁵ Carlos Santiago Nino, Introducción al Análisis del Derecho, op cit. 17

⁷⁶ Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza Editorial, 2006, pág. 46.

⁷⁷ Prieto Sanchis, , Ideología e Interpretación Jurídica, op cit. 40, e Interpretación jurídica y Creación Judicial del Derecho, Lima, Editorial Temis, 2007, pág. 81.

⁷⁸ Sobre este tema Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, aluden, que en España “la defensa del positivismo jurídico, hasta fecha relativamente reciente, ha ido unida a una actitud política de carácter liberal o socialista. Conviene recordar que la ideología jurídica oficial durante la dictadura franquista fue el iusnaturalismo, hasta el punto – como ha señalado Delgado Pinto – de que la aceptación del iusnaturalismo se convirtió en algo así como un requisito necesario para el acceso a las cátedras”

una reducción a lo formal, en algún momento sucumbiría a la legitimación utilitaria de la mayoría. El derecho positivo se convirtió en un medio que traduciría lo que teleológicamente sería el proyecto del detentador del poder, legitimado no entorno a una “fórmula política”⁷⁹ radicada en una Constitución, sino en una moral utilitaria a sus fines.

Al respecto, Garzón Valdés ha manifestado con claridad que:

“la vigencia de un iusnaturalismo cargado con una buena dosis de irracionalismo en conjunción con un decisionismo, que veía en el Führer al “único legislador” de quién dependía en última instancia la validez de las normas, se presenta cada vez más claramente como el candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del derecho entre 1933 y 1945 en Alemania”⁸⁰

En estos períodos, no solo el legislador, sino también y con mayor preponderancia los jueces⁸¹, al estar condicionados totalmente, al decisionismo del detentador en la práctica de la soberanía, hicieron inviable la idea de un sistema de derechos y a través de ello la posibilidad de su control ya que el único parámetro al que se encontraban suscritos era a una moral individual y no a los derechos constantes en la Constitución.

Este resultado, sumado a la falta de procedimientos para garantizar los derechos fundamentales de la Constitución, daría lugar en la época posterior a estos períodos, a una serie de respuestas que retomarían por necesidad el ideal perdido de legitimidad superior⁸²

⁷⁹ Raul Canosa Usera, Interpretación Constitucional y Formula Política, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1988, pág. 249 y ss.

⁸⁰ Ernesto Garzón Valdés, (Introducción al libro) Derecho y Filosofía, Barcelona, Editorial Alfa, 1985, pág. 7. Y sobre el mismo tema en el libro El Derecho y la Justicia, artículo Derecho y Moral, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pág. 402 y 403, en este artículo mencionaría lo siguiente “Se reestablecen las condiciones de la situación pre – estatal con una intensidad aún mayor que la concebida por Hobbes: mientras que en el estado de naturaleza hobbesiano los hombres – lobo tenían igualdad de fuerzas aproximada, en el caso del terrorismo de Estado, el gobierno mismo es un lobo aullante”, pág. 403

⁸¹ Luis Prieto Sanchis, Interpretación jurídica y creación judicial del derecho, op cit. 86 – 90.

⁸² Habermas sostiene “la idea de derechos del hombre y la idea de soberanía popular han venido determinando la autocomprensión normativa de los Estados democráticos de derecho hasta hoy. Este idealismo anclado en la propia estructura de las constituciones, no podemos tomarlo como un capítulo ya pasado de la historia de la historia de las ideas políticas. Antes la historia de la teoría es ingrediente necesario y reflejo de la tensión entre Facticidad y validez inherente al derecho mismo, es decir, de la tensión entre la positividad del derecho y la legitimidad que ese derecho reclama para sí” Habermas, Facticidad y Validez, op cit. 160.

como recurso de comprensión adecuada del derecho⁸³, y se concretarían por sobre todo, en una serie de garantías que tenderán a asegurar el sistema de derechos.

2. Como nace y se configura en la Ley Fundamental de Bonn esta garantía.

2.1 Origen.

Entre las garantías que destacan en la Ley Fundamental de Bonn, por intentar superar la carencia de legitimidad superior de la etapa previa del nacionalsocialismo, y asegurar como sostiene Radbruch la resurrección de “aquella idea de un derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios al derecho, como desafueros bajo la forma legal”⁸⁴, se encuentra la del contenido esencial (Art. 19 párrafo 2), la misma a la que podríamos sustentarle su origen de dos formas.

En cuanto a su origen positivo, como señala Gavara de Cara tiene lugar “en el proyecto constitucional enviado al Consejo Parlamentario (Proyecto Herrenschimse) y adoptado por el comité constitucional de la conferencia de Ministros Presidentes el 25 de agosto de 1948”⁸⁵, como paso previo a su aprobación y adopción posterior el 23 de mayo de 1949 en la forma del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn.⁸⁶

No obstante, su origen como tal, tiene un indudable sustento en la concepción de Schmitt sobre las “garantías institucionales”. Este planteamiento, precisa en primera instancia, que los derechos fundamentales como tales, por su carácter pretérito al Estado constituyen en principio posiciones de defensa absolutas a favor de las personas, y por ello, su garantía no

⁸³ “El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula la ley es la ley, dejó a la jurisprudencia y a la judicaturas alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley” Radbruch, Filosofía del derecho, op cit. 78.

⁸⁴ Gustav Radbruch, Filosofía del derecho, op cit. 180.

⁸⁵ Juan Carlos Gavara de Cara, Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, pág. 11 y 12.

⁸⁶ “En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental”, Ley Fundamental de Bonn.

puede proceder a través de las leyes, ya que las mismas son un correlato de la existencia del Estado, por lo que al ser posteriores a los derechos fundamentales, cualquier intento de regulación constituiría una “injerencia”, la que podría ser posible solo “como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales”⁸⁷.

Schmitt, considera, que el legislador no desarrolla los derechos debido a su carácter previo al Estado, por lo que no podría suprimirlos y sobre todo no podría garantizarlos debido a su carácter natural; lo único que puede hacer es limitarlos excepcionalmente en consideración a la unidad política; lo que difiere según él, de las garantías institucionales, ya que éstas al existir “dentro del estado”, son susceptibles de ser garantizadas frente al legislador.

Schmitt sostiene que “Mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria”⁸⁸, para la cual es necesaria una regulación especial, esto es, mediante la “reserva de ley”⁸⁹.

Planta de cierta forma Schmitt a través de la garantía institucional, uno de los cimientos, que posteriormente harán viable la idea de Constitución como norma vinculante y con ello la imposibilidad de ser suprimidas, anuladas, desnaturalizadas o suprimidas. Pero, al ser la garantía institucional como menciona Schmitt, una garantía existente “dentro del Estado”, la misma es susceptible de ser desarrollada.

Esta posibilidad de ser desarrollada la institución por el legislador, pero no pudiendo ser suprimida o desnaturalizada, plantea los siguientes cuestionamientos ¿qué parte de la institución es aquella que se puede desarrollar sin desnaturalizar la misma?.

⁸⁷ Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, op cit. 171.

⁸⁸ Schmitt, Teoría de la Constitución op cit. 175.

⁸⁹ Schmitt, Teoría de la Constitución op cit. 183..

Aparecen como efecto, las nociones de esencialidad, de lo que puede ser sujeto de tratamiento por parte del legislador y de lo que sería intocable, que en cierto sentido plantean una reminiscencia a la idea de legitimidad superior, imposible de ser sustraída o deformada, lo cual, identifica con la idea de un núcleo calificado como esencial en la institución.

La positivización, surgió a partir de estos presupuestos, y sería recogida en el proyecto constitucional mencionado en líneas anteriores no solo en cuanto a las instituciones, sino también y de manera primordial entorno a los derechos fundamentales, de esta manera “Los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos en su contenido. Las decisiones dirigidas a dicho fin se considerarían inadmisibles”⁹⁰, recalando posteriormente en lo que es el Art. 19. 2 de la Ley Fundamental de Bonn.⁹¹

2.2 Configuración.

2.2.1 Reserva de ley como presupuesto del contenido esencial.

Como se ha dicho, esta garantía se configuro y positivo en la Ley Fundamental de Bonn, en torno a la idea de los derechos fundamentales, a fin de vincular, limitar y desplegar a la vez la potencialidad de los mismos frente al legislador, que en la época nazi, con pretexto de la posibilidad de establecer injerencias dictó numerosas leyes (especialmente las de Núremberg) que suprimieron y desnaturalizaron los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de Weimar.

Debido a este celo, la naturaleza política del legislador en cuanto al desarrollo de los derechos, se vio limitada a una serie de garantías que pueden considerarse intrínsecas,

⁹⁰ Juan Carlos Gavara de Cara, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, op. cit. 12.

⁹¹ “En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental.” Art. 19.2 Ley Fundamental de Bonn.

como la idea de vinculación de todos los poderes públicos al respeto de los derechos (Art. 1.3 LFB), contenido esencial y la reserva de ley, que se consolidaron respectivamente en la teoría de Schmitt sobre las garantías institucionales.

Existen precisamente, en la Ley Fundamental de Bonn, una serie de reservas de ley, en virtud de la finalidad que posean los derechos, y consecuentemente a ello la necesidad de su desarrollo, configuración o restricción en el marco de la Ley Fundamental, así Gavara de Cara atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán distingue entre: “reserva de ley ordinaria” (Arts. 8 párrafo 2 y 10 párrafo 2 en concordancia con el 19. 1) , “general” (Art. 5 párrafo 2), “cualificada” (11 párrafo 2, 13 párrafo 2) y “reserva de regulación o configuración” (Arts. 4 párrafo 3 y 12 párrafo 2)⁹².

Este conjunto de reservas de ley, se les entenderá estrictamente vinculadas a la garantía del contenido esencial, a fin, de asegurar por lo menos un mínimo existencial de los derechos que el legislador en concordancia con el Art. 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn no podrá desconocer, entendiendo que cualquier intento de regulación, desarrollo o configuración deberá atender a la idea de que los derechos fundamentales poseen un cierto margen que el legislador tiene vedado como indisponible.

No obstante, ha existido un gran debate en la doctrina alemana en lo que se refiere, a los derechos fundamentales protegidos sin reserva (Arts. 5 párrafo 3, 6 párrafo 1, 7 párrafos 2 y 3, 9 párrafo 3, 16 párrafo 2), a los cuales por operar sin esta garantía, se los ha comprendido de dos maneras. En una primera acepción, se han entendido como derechos absolutos, sobre los que no cabe limitación ni desarrollo alguno⁹³; y en un segundo grupo de opiniones se

⁹² Juan Carlos Gavara de Cara, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, op cit. 203.

⁹³ Robert Alexy respecto de la opinión de Muller señala que los derechos así entendidos “corresponderían al modelo de las reglas”, en cuanto serían entendidos como absolutos, Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 98 – 104.

sostendrá, que al no estar garantizados bajo reserva de ley, estos derechos no están sujetos a su vez a la garantía del contenido esencial.

Frente a ello, la jurisprudencia del Tribunal Federal ha sostenido a través de sus sentencias que

“la libertad de asociación garantizada en el Art. 9, párrafo 3 de la ley Fundamental, a pesar de que se encuentra garantizada sin una reserva de ley, puede ser restringida en aras de la protección de los intereses del bienestar de la comunidad, al que se le atribuye un rango constitucional igual (véase bVerfGE 84, 212 [228]; jurisprudencia reiterada). Cuando existen tales motivos, al legislador no le está prohibido reglamentar asuntos que puedan ser objeto de los contratos colectivos de trabajo - (véase bVerfGE 94, 268 [284]).”⁹⁴

De esta forma, el Tribunal Federal, ha asentado la concepción de que los derechos fundamentales garantizados sin reserva de ley si pueden ser desarrollados, configurados e incluso limitados, siempre y cuando se justifique la protección de otros derechos constitucionales⁹⁵, motivo por el cual, le corresponde de forma conjunta la inclusión de la garantía del contenido esencial, al desarrollo de los derechos garantizados sin reserva de ley.

2.2.2 La garantía de vinculación del los poderes públicos y la garantía de contenido esencial.

Cabe preguntarse ahora, si la garantía de vinculación, y contenido esencial se presuponen mutuamente, se ha planteado en la doctrina y jurisprudencia alemana, si también los actos

⁹⁴ Sentencia de la Primera Sala, del 27 de abril, 1999, en Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 474 y 475

⁹⁵ Los derechos garantizados sin reserva de ley, nos pueden ayudar en páginas posteriores de alguna manera a explicar no el ¿origen?, sino dar una respuesta a lo establecido por el Constituyente Ecuatoriano respecto de la Constitución 2008, en la cual se determina que a las leyes ordinarias y orgánicas les corresponde el desarrollo y regulación de los derechos constitucionales, Art. 132 párrafos 1 y 2.

jurisdiccionales y actos de la administración pública, en especial los actos administrativos, se encuentran sujetos al contenido esencial de los derechos.

A primera vista, podría sostenerse que solo el legislador alemán se encuentra vinculado a esta garantía conforme al Art. 19.1⁹⁶, sin embargo, si se atiende al Art. 1.3 de la Ley Fundamental se podría apostar a que todos los poderes se encontrarían vinculados a esta garantía, lo que parece reconocerse en la Sentencia en el caso Elfes del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la que se dice: “Esto da lugar a que, por virtud de la Constitución, el ciudadano individual tenga reservada una esfera para la estructuración de su vida privada, y que también exista un último ámbito inviolable de libertad humana, sustraído por completo a toda influencia del poder público.”⁹⁷

Lo que motivaría a ampliar en primera instancia la garantía del contenido esencial hacia todos los poderes públicos. Pero, como lo considera el Tribunal Federal en el caso “Kalkar”, no es menos cierto también que los actos de la administración pública, así se constituyan en actos de creación de derecho, estos son derivativos de las leyes⁹⁸, y por ello, la garantía del contenido esencial operaría indirectamente en los procesos sujetos a control de legalidad, y solo directamente, a través del control de constitucionalidad de las leyes (Art. 93. 1, 2 y 2a) Ley Fundamental de Bonn.

En Alemania, el problema deviene, sin duda, de la consideración si la administración de justicia crea o no derecho a través de sus resoluciones, especialmente las del Tribunal

⁹⁶ “Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.” Art. 19.1 Ley Fundamental de Bonn.

⁹⁷ Sentencia de la Primera Sala de fecha 16 de enero de 1957 –I BvR 253/56– en el recurso de amparo interpuesto por Wilhelm Elfes. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 59

⁹⁸ “En el caso actual se trata de un ámbito de creación del derecho, esto es, de un ámbito para el que la Ley Fundamental contempla una competencia derivada. Ello significa –partiendo del principio general de la reserva de ley– que el Ejecutivo, para realizar actos que inciden de manera directa en el ámbito de la libertad y la igualdad del ciudadano, requiere de un fundamento legal.” Resolución de la Segunda Sala, del 8 de agosto de 1978 –2 BvL 8/77– Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 489

Constitucional Federal en cuanto a control constitucional de las leyes. Precisamente, en el Caso “Soraya”, el Tribunal Federal fue claro al manifestar “Esta tarea –y facultad– del juez para “crear derecho”, al menos bajo la vigencia de la Ley Fundamental, en ningún momento ha sido cuestionada seriamente”⁹⁹.

El Tribunal abre la puerta así a dos presupuestos contradictorios, la garantía del contenido esencial opera directamente sobre la actividad creadora de los jueces, pero a la vez, éste es el que en última instancia determina ¿qué es? y ¿qué no es? la esencia de un derecho al poder controlar la constitucionalidad de las leyes. Razón por la cual, la cualidad de esencialidad de los derechos fundamentales como materia pretérita al Estado quedaría en entredicho.

3 Como nace y se configura en la Constitución Española de 1978 esta garantía.

3.1 Origen.

Su antecedente positivo, podemos situarlo, en el Anteproyecto de la Constitución Española publicado en el BOC (Nº44) del 5 de enero de 1978, en el cual se recoge en el Art. 45.1 que “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo dos del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá desarrollarse el ejercicio de tales derechos y libertades”, que daría lugar posteriormente a su positivización en el Art. 53.1 de la Constitución Española¹⁰⁰.

⁹⁹Resolución de la Sala Primera de 14 de febrero de 1973, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 493.

¹⁰⁰ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).” Art. 53.1 Constitución Española de 1978.

En cuanto al fundamento, para su origen positivo, Gavara de Cara sostiene¹⁰¹, que no existe en realidad ninguna deliberación, documento o reseña, que explique sustancialmente la inclusión de esta garantía, por lo que ha sido considerada en la doctrina española como una remisión al Art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, la cual podría tener sentido si consideramos en mayor o menor medida, que las circunstancias históricas que dieron lugar a la Ley Fundamental de Bonn (nacionalsocialismo) y a la Constitución Española (Franquismo), tienen puntos en contacto que en este caso corresponderían a la poca o inexistente protección a los derechos fundamentales.

3.2 Configuración.

3.2.1 Sobre el tratamiento de la reserva de ley.

Respecto de su configuración en cuanto a la reserva de ley, Prieto sostiene que a diferencia de su configuración en la Ley Fundamental de Bonn, la garantía del contenido esencial en la Constitución Española posee dos diferencias. Señala desde una primera perspectiva, que en la Ley Fundamental la garantía se pone en escena solo al existir una remisión a la reserva de ley, mientras que en España las leyes pueden “interferir en el dominio de todas las libertades, con independencia de que exista una remisión o autorización singular en el propio texto constitucional”¹⁰², en segundo lugar, sostiene Prieto, que en la Ley Fundamental la garantía del contenido esencial, solo puede ser utilizada para las leyes que intervengan los derechos, a diferencia de la Española en la cual podría ser utilizada para todas las leyes.

¹⁰¹ Juan Carlos Gavara de Cara, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, op cit. 342.

¹⁰² Luis Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pág. 230.

Y en cierta forma se podría entender así, ya que ha sido precisamente la Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán señalada en líneas anteriores, la que se ha encargado de enfocar, los problemas relativos a los derechos consagrados sin reserva y sobre todo que la extensión de la garantía se refiere también para aquellos derechos, por lo que en realidad estas diferencias devendrían solamente de la literalidad de la positivización de ambos artículos.

Lo que si se ha hecho referencia en la Constitución Española es que solo por medio de una ley con el carácter de orgánica (Art. 81.1), se podrá desarrollar “los derechos fundamentales y las libertades públicas”, lo que implica además de la exigencia de un procedimiento reforzado para el efecto, que sólo el legislador está facultado para su desarrollo no pudiendo ser remitido el desarrollo sobre todo a nivel de reglamentos¹⁰³ (reserva de ley absoluta).

García de Enterría, alude a que el origen de la “ley orgánica” en la Constitución Española de 1978, tiene un sustento directo en el Art. 46 de la Constitución Francesa, teniendo como objetivo reservar ciertas materias principalmente con un objetivo político tendiendo a:

“bloquear indirectamente por tiempo indefinido la regulación de algunas cuestiones sobre las que se albergaban dudas o recelos y, sobre todo, la necesidad perentoria de conseguir un mínimo consenso en temas sobre los que existía un profundo desacuerdo entre las diferentes fuerzas políticas”¹⁰⁴

Esta reserva de ley orgánica¹⁰⁵, como sostiene Ignacio de Otto ha suscitado dos posturas, en cuanto al carácter formal de la reserva y un carácter material. El carácter formal, se refiere

¹⁰³ Claudia Storini, Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, en el Libro La Nueva Constitución del Ecuador, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Corporación Editora Nacional, 2009, pág. 291.

¹⁰⁴ Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, Reimpresión 1998, pág. 118 y 119.

¹⁰⁵ Enrique Álvarez Conde, Curso de Derechos Constitucional Tomo I, Madrid, Editorial Tecnos, 2008, pág. 253 – 257, Manuel Martínez Sospedra, Manual de Derecho Constitucional Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 303 – 306, Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, op cit. 582, Ignacio de Otto, Sistema de Fuentes, Barcelona, Editorial Ariel, 1995, pág. 113 – 118.

según Otto, a que todas las disposiciones jurídicas establecidas en una ley orgánica “cualquiera que sea la materia de que se ocupen” poseerían el carácter orgánico y por lo tanto estarían sometidos a futuro en cuanto a una modificación por ejemplo al mismo procedimiento.

Frente a esta postura, el Tribunal Constitucional precisaría una concepción material (STC 51/1981), al sostener, que una concepción como la formal presupone la petrificación del ordenamiento jurídico, y que la misma dejaría espacio para el juego de las mayorías, manifestando que “si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas, también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias”, por lo tanto, una ley orgánica puede establecer disposiciones que pertenezcan a la materia siendo éstas disposiciones orgánicas, y en el evento de existir disposiciones que no correspondan a la materia regulada éstas no poseerán el rango de orgánicas debiendo indicarse debidamente, que las mismas no pertenecen.

Esto a criterio de Otto, no es sino el establecimiento de otra concepción formal, indicando que “rompe la unidad del concepto de ley y establece un compartimento estanco para la ley orgánica con arreglo a criterios de competencia”¹⁰⁶. El criterio material, ha sido reiterado en sentencias posteriores por parte del Tribunal Constitucional Español como en la (STC 76/1983 fj. 2), (STC 67/1985 fj 5), (STC 160 fj 2 y 161 de 1987), y sobre todo en la (STC 140/1986).

En esta última sentencia, se mencionará que:

“No puede hablarse por ello de un “derecho al rango” de Ley Orgánica como contenido del Art. 17.1, sino más bien de que el derecho en ese artículo reconocido a la libertad y a la seguridad

¹⁰⁶ Ignacio de Otto, Sistema de Fuentes, op cit. 114 y 155.

incluye todas sus garantías previstas en distintos preceptos constitucionales (el mismo art. 17 y los artículos 25.1, 53.1 y 2 y 81.1) cuya vulneración supone la del mismo derecho”¹⁰⁷

Se ha señalado posteriormente en la (STC 132/1989) que el carácter orgánico de los derechos fundamentales comprende:

“tanto el conjunto de facultades de actuación que son necesarios para que el derecho o libertad sean reconocibles como tales en concreta y efectiva protección, es decir, el conjunto de facultades que integran el llamado contenido esencial o núcleo irreductible del derecho, como todas aquellas otras facultades que la ley, más allá de ese contenido esencial, conceda a los titulares del derecho o libertad, las cuales, de esa forma, quedan incorporadas al derecho libertad con el beneficio de la protección especial que éstas se merecen”

Lo que en definitiva, hace alusión directa a la (STC 11/1981), en la cual establecen el método de acercamiento a lo que debe ser entendido por contenido esencial. Además por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 22/1986), se menciona que pueden existir normas presentes en leyes ordinarias, como en el caso de las procesales que regulen un derecho fundamental, sin que ellas impliquen el desarrollo de los mismos.

Por último, podríamos señalar que la reserva de ley orgánica ha presupuesto en la doctrina y jurisprudencia española un tratamiento escindido, complicado y que ha necesitado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la adopción de un criterio uniforme que no ha dejado de seguir suscitando críticas.

Por ejemplo, la garantía del contenido esencial como sostiene Prieto puede aplicarse en el ordenamiento Español, tanto a la reserva de ley orgánica como a la ordinaria, perdiendo parte del sentido material que el Tribunal Constitucional Español le ha otorgado, a la vez

¹⁰⁷ Francisco Rubio Llorente, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona, Editorial Ariel, Segunda reimpresión, 2006, pág. 720

que reafirma la posición procedimental de Otto¹⁰⁸; y por otra como ha sostenido en la sentencia (22/1986), existen normas en leyes ordinarias que pueden regular derechos fundamentales, las cuales no reconoce como normas de desarrollo, sin embargo, a mi criterio el desarrollo es un criterio amplio que puede incluir la regulación¹⁰⁹.

3.2.2 Una diferencia entre los órganos constitucionales alemán y español, (el método).

Yo diría, que en el tratamiento jurisprudencial existe verdaderamente una distinción notoria, ya que mientras el Tribunal Federal Alemán ha sostenido en el caso “Sozialhilfe” únicamente que el “contenido esencial inafectable de los derechos debe ser averiguado para cada derecho fundamental a partir de su significado especial en el sistema global de derechos”¹¹⁰, el Tribunal Constitucional Español ha intentado establecer un método para poder establecer que debe ser entendido por contenido esencial.

Desde una de sus tempranas sentencias (STC 11/1981), el Tribunal Constitucional Español estableció un método de aproximación del contenido esencial y concomitantemente su vulneración, a través de dos vías:

- “El primero es tratar de acudir a lo que suele llamarse la naturaleza jurídica o el modo de concebir y configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han denominado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en derecho”

¹⁰⁸ “el hecho de que la ley orgánica incluya una materia u otra es jurídicamente irrelevante, esto es, no significa que esa materia quede sometida a una exigencia que sólo existe para aquello en que esté constitucionalmente prevista. La ley orgánica no es una forma capaz de producir por sí misma un efecto; es, simplemente, una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria en cuanto regule materias reservadas a la ley orgánica”, Ignacio de Otto, Sistema de Fuentes, op cit. 114.

¹⁰⁹ Carlos Bernal Pulido, El Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 685.

¹¹⁰ Citado por Humberto Nogueira Alcalá, en el artículo, La Constitución Ecuatoriana y los derechos económicos, sociales y culturales, en el libro Los derechos Fundamentales (Coordinador Pablo Pérez Tremps) Serie 3, Quito, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, 2004, pág. 129.

“Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en el que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en ese sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta...”

“Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, cuando se trata de derechos constitucionales”

- “El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”

“De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”¹¹¹

Empero de aquello, este método articulado en estas dos vías ha sido criticado. Según el primer criterio definitorio, el contenido esencial lo conformarían tanto las disposiciones jurídicas, doctrina y no necesariamente la jurisprudencia emitida por los jueces, lo que a primera vista manifestaría la existencia de un contenido abstracto como menciona la sentencia, y frente al cual el poder político especialmente el legislador se tiene que ver limitado y vinculado.

Pero a mi modo de ver a este primer criterio, cabe hacerle dos consideraciones, en primer lugar peca por su alejamiento de la realidad y en segundo lugar plantea un dogmatismo conceptual que marca una dote de subjetivismo e intuicionismo¹¹² en la demarcación del

¹¹¹ Texto medular extraído de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 11-1981 Francisco Rubio Llorente op cit. 721 y 722.

¹¹² Sobre el carácter intuicionista y por consiguiente subjetivo de la argumentación, Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 pág. 55 y ss.

contenido esencial, ya que la naturaleza jurídica¹¹³ presupone una adscripción a una esencia por encima de cualquier convicción.

Considero además que existe un alejamiento de la realidad, porque resulta notable por regla general que en cualquier área del derecho, no existe generalmente una posición unánime respecto de los criterios que manejan los juristas, especialmente diría yo cuando de principios y valores se discute, es por ello que la pertinencia de cierto contenido o no siempre será una cuestión de profundos debates, especialmente si tomamos en cuenta que las teorías de los derechos están marcadas sobre todo por el componente ideológico que promulgan sus defensores.

Por lo que no es procedente hablar “de convicciones generalmente admitidas” como criterio demarcador de un derecho, además si se lo conecta con la idea de un tipo “abstracto” y “preexistente” a la voluntad del legislador se supone que *este contenido será absoluto* y por lo tanto inamovible en cualquier tiempo y espacio, lo cual evidenciaría una gran contradicción si tomamos en cuenta la referencia a la existencia de un contenido absoluto “referido al momento histórico del cual se trate” como se menciona en la sentencia.

El segundo criterio definitorio está marcado también por un posicionamiento subjetivo, la búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos por parte de los jueces, más allá de dotarles de una gran prerrogativa que incluso en ciertos casos puede resultar lesiva al principio democrático cuando se actúa irresponsablemente, no permite establecer un método que permita determinar que bienes pertenecen al contenido esencial de un derecho, por lo que el subjetivismo (ideológico) acompañado de un intento intuicionista del juez,

¹¹³ Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del derecho, op cit. 414 – 418.

marcarían la línea del límite a los poderes y el vínculo a seguir lo cual contrarrestaría en cierto sentido el carácter del control constitucional jurisdiccional como un control objetivo.

Esta noción de contenido esencial en base a una Teoría espacial absoluta como la pronunciada en esta sentencia, como se ha considerado en líneas anteriores no permite establecer un criterio definitorio de contenido esencial, pero ciertamente resalta elementos indispensables y necesarios como el carácter más o menos fundamental de las adscripciones a un contenido y la necesidad de entrever la idea indispensable de no restringir arbitrariamente o más allá de lo razonable el contenido de los derechos.

Por estas consideraciones, al igual que en la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, El Tribunal Constitucional Español, otorgará el contenido esencial a cada derecho según lo que estos órganos consideran que debe ser, difuminándose la idea de esencialidad como un ámbito irreductible preexistente a los poderes públicos, siguiendo subsistentes dos preguntas: ¿qué se protege como la esencia del contenido en un derecho fundamental?, y, ¿cómo debe singularizarse la esencialidad?.

4. ¿Qué se protege como la esencia del contenido en un derecho fundamental?

Teoría Subjetiva y Objetiva.

4.1 Teoría subjetiva.

Uno de los planteamientos, acerca de que es lo que debe considerarse como lo esencialmente protegido, es el referido al derecho subjetivo como tal, siendo el derecho, aquel límite infranqueable al que están sujetos los poderes públicos (Art. 1.3 LFB) y (Art. 9.1 CE), manifestándose como su esencia.

Si tomáramos por ejemplo, las partes citadas de las sentencias mencionadas en líneas anteriores, como la del Caso “Elfes”, la 11/81 del Tribunal Constitucional Español (segundo camino), podríamos claramente deducir, que lo que efectivamente se protege por parte del Tribunal Federal Alemán y El Tribunal Constitucional Español, es precisamente el derecho subjetivo.

La primordial búsqueda de esta teoría, sería la defensa de los derechos subjetivos¹¹⁴, insistiendo que lo que en realidad se pretende no es la protección de la norma como tal deviniendo en secundario (teoría objetiva), sino la debida protección de la posición jurídica subjetiva¹¹⁵ en la que se encontrarían los sujetos, así lo manifiesta el Tribunal Constitucional Español en la STC 64/88:

“los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertad o prestaciones que los Poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos.....”¹¹⁶

La protección esencial en este caso, la constituiría “una pretensión o facultad atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos a quienes se les impone una prestación normativa correlativa”¹¹⁷, en virtud de un “status”¹¹⁸ que se convierte en una razón completa o suficiente para producir determinados deberes¹¹⁹.

La teoría subjetiva estricta y propia del liberalismo, sería resultado de un entendimiento limitado del contractualismo, ya que generalmente se ha entendido, que al ser las personas las que construimos el “contrato” a partir de nuestra voluntad, los derechos como sinónimos

¹¹⁴ Un estudio completo sobre el tratamiento del derecho subjetivo, desde sus consideraciones clásicas en Habermas, Facticidad y Validez, op cit. 19 y ss.; Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op cit. 151 y ss.

¹¹⁵ Martín Borowski, La estructura de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 97.

¹¹⁶ STC Español, 64/81 fj. 1, 1981 Francisco Rubio Llorente op cit. 721 y 722.

¹¹⁷ Juan Ramón de Páramo, Libro el Derecho y la Justicia, Derecho subjetivo, op cit. 367.

¹¹⁸ Sobre las distintas clases de status, Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op cit. 219 y ss.

¹¹⁹ Carlos Santiago Nino, ética y Derechos Humanos, op cit. 31 - 40

de nuestra libertad serían ámbitos intocables por parte del Estado, que se vería limitado únicamente a no intervenirlos.

Este planteamiento, aunque parece a primera vista lo más obvio, ha generado un grave problema, y es la imposibilidad de aplicar rígidamente la teoría subjetiva, resultando para ello vitales algunos cuestionamientos propios de la teoría objetiva, al respecto de lo incongruente que resultaría aplicar estrictamente la teoría subjetiva, como la equiparación debida entre derecho subjetivo con lo esencialmente protegido.

Ya que la misma haría notoriamente inviable la vida en sociedad, en vista de que los derechos subjetivos, según esta posición, no serían limitables y devendrían en absolutos si consideramos que las posiciones jurídicas subjetivas, que emanan de los derechos fundamentales son un ámbito protegido de las injerencias que puedan emanar de los órganos del poder público, al constituir el contenido esencial de un derecho.

4.2 Teoría Objetiva.

Frente a estos planteamientos, se ha levantado una teoría opuesta. Para la teoría objetiva, el ámbito protegido como esencial no correspondería a las facultades o pretensiones de la persona, estos es, al reducto subjetivo, sino a la norma fundamental como tal.

Así, lo ha entendido el Tribunal Constitucional Español en la STC (53/1985), y Tribunal Federal Alemán en la “Sentencia sobre la interrupción al embarazo”

“La obligación del Estado de proteger es amplia. Ella prohíbe no sólo las injerencias estatales directas en la vida, que se está desarrollando, sino también impone al Estado la obligación de

adoptar una postura promotora y protectora de esta vida. Esto significa, principalmente, que también debe protegerla de injerencias antijurídicas por parte de otros.”¹²⁰

En el caso de la teoría objetiva, el contenido esencial se resguardaría a través de las normas fundamentales entendidas como “institutos”, frente a los cuales, los poderes públicos (especialmente el legislador) se vincularían en una faceta negativa en cuanto, no podrían desnaturalizar o suprimir la norma en el ámbito de sus competencias y actuaciones, y en una positiva en cuanto estarían llamados a regularlos, lo que implica imponer límites a su ejercicio a fin de viabilizar la vida en sociedad.

Hauriou, es uno de quienes sustentan la teoría de la institución¹²¹, y quién encontraría en Haberle un desarrollo exponencial de su teoría en cuanto la dotación del carácter de “instituto”, a los derechos fundamentales, sustentado éste último que “los derechos fundamentales, como institutos no dependen conceptualmente, en su permanencia, de la voluntad subjetiva de determinados individuos, sino que viven estando presentes en la conciencia de una pluralidad indeterminada de individuos”¹²².

Aunque, este planteamiento reaccionario frente a la teoría subjetiva, también puede caer en un notable error, ya que si bien, lo que se trata de proteger es la norma como tal, si se la aplica reaciamente, a través de ella se deja en la práctica un amplio marco de actuación en cuanto a la intervención de las posiciones jurídicas subjetivas por parte del poder público.

Podríamos sintetizar entonces, que si la teoría subjetiva ata de manos a los poderes públicos en cuanto no podrían intervenir, ni limitar las facultades que confieren los derechos subjetivos, produciendo un efecto disgregador de la sociedad, la teoría objetiva deja abierta

¹²⁰ Sentencia de la Primera Sala, del 25 de febrero, 1975, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung. V., 2009, pág. 117

¹²¹ Jorge Moreno Yánes, Hacia un Estado Social de Derecho y Autonomías, Quito, Editores Pudeleco, 2003, pág. 24.

¹²² Peter Haberle, La Garantía del Contenido esencial de los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Dykinson, 2003, pág. 107.

las posibilidades a un ejercicio desmedido del poder político, no siendo viables ni una sujeción estricta a la teoría subjetiva, ni a la teoría objetiva.

4.3 El doble carácter de los derechos fundamentales, Haberle y su planteamiento de amalgama.

Sobre la problemática de aceptar férreamente una u otra teoría, se ha alzado contra ello, la teoría de la doble dimensión, o el doble carácter de los derechos fundamentales. La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 120/1990, y la del Tribunal Federal Alemán sobre la Ley de las Farmacias son un buen ejemplo de aquello, al considerar esta última por ejemplo, al ejercicio de la profesión como un “instituto” que debe ser regulado, y la libertad en el ejercicio de la profesión como un derecho subjetivo (Art. 12.1 LFB), ambas posturas consideradas como unidad inescindible:

“El derecho fundamental tiene por objeto proteger la libertad del individuo, la potestad reglamentaria asegura la suficiente protección de los intereses comunes. El derecho a la libertad del individuo actúa, como se señaló, tan fuertemente como esté en duda su derecho a elegir libremente una profesión; la protección de la comunidad será tan intensa como sea la magnitud de los perjuicios y peligros que se puedan dar para la comunidad del libre ejercicio de una profesión. Si se busca justificar en la forma más efectiva posible ambas exigencias –igualmente legítimas en el Estado social de Derecho–, entonces la solución sólo se puede encontrar a través de un cuidadoso examen del significado de los intereses opuestos y posiblemente en contradicción.....”¹²³.

¹²³ Sentencia de la Primera Sala, del 11 de junio, 1958, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung. V., 2009, pág. 321

Esta doble significación, de ser concebidos como un “status” de libertad (positivo - negativo), y a la vez, como ámbitos de protección que el Estado debe resguardar frente a sí mismo y terceros particulares, además de desarrollarlos y realizarlos en función progresiva a través del “efecto de irradiación”¹²⁴, y respeto concordante con el contenido esencial, ha visto en la teoría de Haberle un gran aporte.

Justamente Haberle, reconoce en su planteamiento, que la garantía del contenido esencial, está y ha estado sujeto a diversas teorías contradictorias¹²⁵, por lo cual, considera necesario solidificar la misma en sus puntos fuertes. Así, (Haberle) condiciona primariamente la garantía del contenido esencial, al concebir a los derechos fundamentales como “institutos”, que consagran “valores objetivos”, como lo ha reconocido el Tribunal Federal Alemán¹²⁶, y como garantía de libertad de las personas (derecho subjetivo).

Esta doble dimensión de los derechos, se encuentra en un efecto de “condicionamiento recíproco”¹²⁷, que expresan a su vez la relación complementaria del individuo para con la comunidad y la comunidad para con el individuo, como un proceso de construcción bilateral¹²⁸, en el cual la valoración de las dos vertientes viabilizan la existencia de la sociedad, sosteniendo que:

“Si en los derechos fundamentales son amalgamados intereses públicos y privados, de ello se deriva que tan pronto como una libertad constitucional es restringida, es también afectada la

¹²⁴ “Sin embargo, los tribunales especializados deben tomar en cuenta el derecho constitucional así como los efectos irradiatorios de los derechos fundamentales, y el Tribunal Constitucional Federal podrá examinar si los tribunales especializados, tomaron suficientemente en cuenta tales elementos.” Tribunal Federal Alemán, Sentencia BVerfGE 52, 214 [Protección frente a diligencia de ejecución], de la Primera Sala, del 3 de octubre, 1979, así como también la Sentencia BVerfGE 32, 98 [Negativa a prestar auxilio por motivos religiosos]; Sentencia BVerfGE 35, 202 [Asesinatos de soldados de Lebach], etc.

¹²⁵ Haberle, La Garantía del Contenido esencial de los derechos fundamentales, op cit. 1-3.

¹²⁶ Principia con la Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]; y se desarrollará el concepto en sentencias posteriores “En contra del concepto tradicional se desarrolló paulatinamente la idea de que la Ley Fundamental, como un orden de valores objetivo que protege de manera amplia los derechos fundamentales, y a cuya realización está obligada la totalidad del poder público, no admite *ipso iure* una protección restringida de los derechos fundamentales para un determinado grupo de personas [...]” Sentencia BVerfGE 33, 1 [Prisioneros], etc.

¹²⁷ Haberle, op cit. 14

¹²⁸ “La libertad no es un concepto contrapuesto, sino correlativo a lo institucional” Haberle, op cit. 74.

colectividad. Tan pronto como los derechos fundamentales sean lesionados, también se ve siempre afectado el interés público”¹²⁹.

¿Pero, qué implicaciones se desprende de esta doble consideración por parte de Haberle?

Al respecto, Haberle sustenta, que el carácter objetivo institucional, de los derechos, comporta negativamente la prohibición de desnaturalización de las normas, y positivamente, en cuanto sustenta la idea de protección por parte del Estado y la necesidad imperativa de su desarrollo, a través de “complejos normativos”¹³⁰, por lo cual, en el ordenamiento jurídico alemán, el legislador adquirirá esta fundamental tarea,¹³¹ que se verá complementada por el Tribunal Federal.

Por otro lado, los derechos subjetivos constituirán el punto de equilibrio, que mediará entre la desnaturalización y el desarrollo inmanente de los derechos, teniendo únicamente en este sentido la libertad dentro del Estado. Solo así, se podrá hablar según Haberle del contenido esencial como una garantía de verdadero límite, presentando con esto una verdad evidente; los derechos fundamentales no son estáticos, absolutos, y tampoco tienen una esencia metafísica, sino que están en permanente construcción.

En base de aquello, solo mediante un uso no justificado de esta capacidad de limitación puede ser vulnerado la esencia del derecho entendida como resultado de una ponderación, que en cierta medida puede considerarse como alusiva a la teoría relativa, lo que, sería equivocado si se atiende al contexto de su teoría, ya que los derechos serían un todo y por ello, calificaría de “pseudoalternativas”, a teorías como la absoluta, relativa y sus variantes.

¹²⁹ Haberle, op cit. 24.

¹³⁰ Haberle, op cit. 97-104.

¹³¹ Haberle, op cit. 121.

4.4 Sobre la existencia de límites a los derechos y la posibilidad de su desarrollo.

Como Alexy, lo reconoce¹³², el hablar de límites o restricciones a los derechos en realidad parece un asunto obvio y carente de problemática¹³³, y en verdad, actualmente, se podría decir que ya nadie duda de que los derechos no sean absolutos y que necesitan ser limitados. Sin embargo, la verdadera controversia y la cual está lejos de ser un asunto fácil de resolver se encuentra en los medios que permiten restringir o limitar, y sobre todo, hasta que punto lo permiten.

La discusión se ha centrado alrededor de dos puntos de vista¹³⁴, la denominada “teoría interna”, y la teoría externa. Para la teoría interna, los límites de los derechos fundamentales, serían sólo aquellos que se encontrarían dentro del concepto propio del derecho, resultando intrínsecos al mismo, por lo cual tendrían un contenido ya delimitado.

La existencia de estos límites inherentes, devendrían, de forma expresa a través de los límites directamente estatuidos en la disposición que los establece, un ejemplo reiterado es derecho al libre desarrollo de la personalidad, que generalmente se lo ha establecido con la cláusula “sin más limitaciones que los derechos de los demás”¹³⁵, y de forma tácita, a

¹³² Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op cit. 239.

¹³³ “Este derecho a la “autodeterminación de la información” no se garantiza ilimitadamente. El individuo no tiene un derecho en el sentido de un señorío ilimitado, absoluto, sobre “sus” datos; el individuo es ante todo una personalidad que se desarrolla en el interior de una comunidad social y que está obligada a la comunicación.” Tribunal Federal Alemán, Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población]; “no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE) que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Constitución” STC 214/91. Tribunal Constitucional Español.

¹³⁴ Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op cit. 240 y ss.; Martin Borowski, La Estructura de los Derechos Fundamentales, op cit. 66 y ss.; Prieto Sanchís Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, op cit. 218 y ss; Carlos Bernal Pulido, El Principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 448 y ss.; Peter Haberle La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales, op cit. 116 – 120; Pedro Serna y Fernando Toller, La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales, Una Alternativa a los Conflictos de Derechos, Argentina, Editorial La Ley, 2000, pág. 19 y ss.; Pablo Pérez Tremps, Manuales Derecho Constitucional Vol I Límites de los derechos fundamentales, 2010, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 130; Jürgen Habermas, Facticidad y Validez, op cit. 327 y ss; Gregorio Peces Barba, Lecciones de Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Dykinson, 2004, pág. 315 y ss; Rubén Hernández Valle, Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2006, pág. 39.

¹³⁵ Art. 66 # 5 Constitución de la República.

través de las construcciones analíticas realizadas por los Tribunales o Cortes Constitucionales.

Estas construcciones analíticas, han sido enfocadas como delimitaciones de los derechos¹³⁶, que han de precisarse para cada caso concreto, restringiendo el supuesto de hecho¹³⁷ de la disposición que consagra el derecho fundamental, al decir que debe entenderse por tal, un ejemplo claro de ello lo podemos encontrar en la Sentencia 36/1984 del Tribunal Constitucional Español en cuanto expresa:

“El concepto de proceso sin dilaciones indebidas es manifiestamente un concepto indeterminado abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. Requiere una concreción y apreciación de las circunstancias del caso.....”

Siendo absolutamente utilitario, la interpretación y consecuentemente sus métodos como mecanismos de desentrañamiento de lo que significa cada derecho fundamental, para que la construcción a posteriori de la concepción¹³⁸ de lo que es en un contexto un derecho no devenga en arbitraria, aunque esto no signifique otra cosa que un mero ocultamiento de una faceta de decisionismo encaramado en un solo órgano.

Esta reducción del supuesto de hecho a través de las particularidades del caso, con el fin de subsumir directamente la norma primaria que se encuentra en una disposición que contiene un derecho fundamental, ha sido objetada por los defensores de la teoría externa, al considerar por parte de aquellos, que los derechos fundamentales así concebidos

¹³⁶ STC 5/1985, 133/1984, 85/1990.

¹³⁷ Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, op cit. 268 y ss.

¹³⁸ “La diferencia no es simplemente una diferencia en el detalle de las instrucciones que se han dado, sino en el tipo de instrucciones que se han dado. Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto...” Sobre la distinción entre concepto y concepción, Ronald Dworkin, Los derechos en serio, Barcelona, Editorial Ariel, 2002, pág. 215.

tendrían el carácter estructural de reglas y operarían en el razonamiento jurídico bajo sus presupuestos.

Uno de los sustentos principales de los defensores de la teoría externa constituirá la distinción entre reglas y principios jurídicos, según la cual como sostiene Borowski, habrá “dos objetos jurídicos diferentes. El primer objeto es el derecho *prima facie* o el derecho no limitado, el segundo la restricción de ese derecho...”¹³⁹, razón por la cual, se puede hablar de posibilidad o posibilidades de limitación.

Esta razón se asienta en la reflexión, de que las normas de derecho fundamental, se pueden restringir a partir de su carácter *prima facie*, de tal manera que sólo a través de la restricción caracterizada por la utilización del principio de proporcionalidad en sentido amplio o estricto, como justificación adecuada, se obtiene una norma definitiva.

Los límites según la teoría externa, se encontrarían por lo tanto fuera de la disposición que los establece, deviniendo primordialmente las limitaciones en cuanto se tiene que conservar otros derechos fundamentales de igual forma protegidos¹⁴⁰. Así, mientras en la teoría interna cualquier limitación posterior debe ser entendida como delimitación, en la teoría externa será entendida como restricción por encontrarse por fuera de los límites del derecho.

Podríamos decir por lo tanto, que entendidas y aplicadas rígidamente estas teorías, también conllevan problemas, que tanto la una como la otra se ha encargado de apuntalar como premisa para la asunción de la una sobre la otra. Para los defensores de la teoría externa,

¹³⁹ Martín Borowski, *La Estructura de los derechos fundamentales*, op. Cit. 66 y 67.

¹⁴⁰ “la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos” STC Español, 120/1990.

hablar de derechos con un contenido definitivo es un sin sentido, que implicaría un retroceso, en cuanto, retomariamos el escollo descrito por Hobbes referente a tener cada persona un derecho absoluto.

Mientras que para los defensores de la teoría interna, hablar de dos momentos en el que existiría una norma *prima facie*, y posteriormente en concurrencia con un caso particular y otros derechos en juego una definitiva, resulta un desvanecimiento del carácter deontológico de los derechos tal como lo describe Habermas:

“las normas que vienen al caso y las normas que, aun habiendo sido candidatas a ello, no son de aplicación en el caso de que se trate, no se comportan entre sí como valores en competencia que, como mandatos de optimización, hubieran de cumplirse en medida diversa en cada caso, sino como normas adecuadas e inadecuadas. Y adecuación significa aquí validez de un juicio singular deducido a partir de una norma válida, que es que satura a la norma correspondiente”¹⁴¹.

4.5 Haberle y su interpretación de los límites a los derechos como inmanentes.

Al sostener Haberle que los derechos poseen una dimensión también objetiva, esto es que son “institutos”, el legislador tendría como obligación su salvaguarda, la cual en el régimen de sus competencias destacaría la de desarrollo de los derechos como medio de dotación de conformación material a los mismos¹⁴².

Este indicativo, fundamenta la necesidad de imponer límites a los derechos¹⁴³, los cuales son considerados por Haberle como “inmanentes”¹⁴⁴, a los mismos, ya que precisa, que las

¹⁴¹ Habermas op cit. 334

¹⁴² Haberle, op cit. 101.

¹⁴³ Haberle, op cit. 116.

¹⁴⁴ Haberle, op cit. 57.

limitaciones no se producen desde fuera, como lo sugiere la teoría externa, sino conforme a su delimitación a través de la ponderación¹⁴⁵.

Haberle, deduce los límites como immanentes, a partir de la relación intrínseca y sistemática de los derechos en la Constitución, tal y como se reconocería por parte del Tribunal Federal Alemán en el caso “Sozialhilfe”, mencionando por ello, que “los límites immanentes hay que determinarlos de manera especial para cada derecho fundamental”¹⁴⁶, especificando además, que una intervención externa (no justificada), debe considerarse como un “abuso del derecho”¹⁴⁷.

Este desarrollo según Haberele como se mencionó, no podría ser considerado una intervención externa en los derechos, ya que a su criterio, la teoría externa fundamentaría su posición en una inadecuada comprensión del contractualismo¹⁴⁸, en el cual la libertad era entendida solo en el marco de la prohibición de intervención en los derechos de las personas por parte del Estado.¹⁴⁹

Esta inadecuada comprensión, conllevaría a tratar a todo acto realizado por los poderes públicos como actos de injerencia externa, que en el caso del desarrollo de los derechos por parte del legislador se concebirían como restricciones, lo cual, a decir de Haberele es “un modo de pensar que encuentra un llamativo paralelo en la hoy anticuada teoría externa...”¹⁵⁰.

Lo cual no quiere decir tampoco que Haberele se decante por la teoría interna, ya que su pensamiento gira precisamente sobre la aplicación de la ponderación como método de

¹⁴⁵ Haberele, op cit. 33.

¹⁴⁶ Haberele, op cit. 53.

¹⁴⁷ Haberele, op cit. 129.

¹⁴⁸ Haberele op cit. 87 – 92.

¹⁴⁹ Haberele op cit. 135.

¹⁵⁰ Haberele, op cit. 129.

dotación de contenido y criterio de determinación de los límites que él considera como inmanentes a partir de la concurrencia de otros derechos.¹⁵¹

La ponderación en Habermas juega un papel sustancial en la labor sobre todo del legislador, y de los jueces a fin de dotar de contenido a los derechos, siendo aquel método que separa la conformación inmanente de la que es arbitraria y por ende externa. Esta labor de concreción de los derechos, es la que configura a los derechos en su carácter de “institutos”, perdiendo este carácter “si no son realizados, o lo son de forma incompleta, en la esfera social”¹⁵²

Se separa así Habermas de la concepción de la teoría interna, ya que los derechos no tendrían un contenido predeterminado, sino que expresarían el verdadero fundamento de la libertad en su perenne construcción “conforme a la esencia” de los derechos, no encontrando su teoría una adscripción ni en una ni en otra teoría, sino que las reinterpreta, sosteniendo que la limitación y la determinación del contenido de los derechos son elementos conjuntos e inmanentes.

A mi modo de ver, la teoría de los límites inmanentes de Habermas representa un adelanto respecto de la teoría interna y externa a pesar de las críticas¹⁵³, ya que al sustentar que los derechos como “institutos”, son obras en permanente construcción está sosteniendo el carácter estructural de los derechos como principios que necesitan de concreción, lo cual en ningún modo podría entenderse como injerencias exteriores a los derechos.

¹⁵¹ Habermas op cit. 51 – 69.

¹⁵² Habermas, op cit. 110.

¹⁵³ Martín Borowski, La Estructura de los Derechos Fundamentales, op cit. 82 – 85; Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op cit. 255.

Una injerencia calificada como externa al derecho, es ante todo un límite injustificado y por ende ilegítimo y arbitrario, el cual no ha superado el principio de proporcionalidad en sentido estricto o amplio. Esto sin embargo, supone abandonar también el presupuesto de la teoría interna, ya que los derechos no serían considerados como estáticos.

La teoría de Haberle supone además, validar las críticas que ambos bandos se han arrojado mutuamente. En cuanto a la principal objeción de la teoría externa, el carácter de “institutos” de los derechos fundamentales como mencione refuerza la idea de derechos como principios y la utilización de la ponderación como método de concreción de su contenido.

Y por otro lado, valida también la crítica de la teoría interna, ya que, el sostener de que los derechos son ante todo obras en construcción permanente, el carácter deontológico de los derechos cobra nuevamente fuerza no solo superficial, como podría desprenderse de la teoría externa.

5. ¿Cómo debe singularizarse la esencialidad?, La comprensión del contenido esencial como absoluto o relativo.

5.1 Teoría absoluta.

El problema de cómo debe singularizarse la esencialidad de los derechos fundamentales, tiene un claro arraigo como se ha mencionado, en la concepción de Schmitt sobre las garantías institucionales, ya que al sostener que el legislador no puede anular el contenido de la garantía, inmediatamente surge la inquietud de ¿hasta qué parte no puede hacerlo?,

naciendo como tal la idea de un sustrato nuclear que no puede ser desconocido¹⁵⁴, y la existencia de una periferia que puede ser limitada por el legislador.

Este sustrato nuclear representará con posterioridad en cuanto la garantía se extienda en la Ley Fundamental de Bonn a los derechos fundamentales, el ideal de un sustrato “mínimo de derecho natural”¹⁵⁵, que no se puede desconocer, y que en virtud de su infracción se produciría la inconstitucionalidad de la norma que lo infrinja.

La esencialidad se singulariza bajo esta perspectiva, en un núcleo que metafóricamente hablando podría ser representado bajo el esquema de un átomo, es decir, disgregado en una parte central y una exterior que gira en torno a ella considerada como aledaña o periférica.

Éste núcleo velado a la injerencia de los poderes públicos, representaría únicamente un vínculo negativo, que se apoyaría en la hipótesis de la existencia previa o natural de un derecho y que afincará sus presupuestos al más puro y extremo ramo del iusnaturalismo racionalista¹⁵⁶.

Es decir, el núcleo entendido como un sustrato absoluto representaría el supuesto de existencia y validez en cualquier tiempo y espacio, deducible por antonomasia de la razón como presupuesto inherente, siendo un ejemplo lo manifestado por Spinoza en cuanto sostiene como proposición que “una substancia es anterior, por naturaleza, a sus afecciones”¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Juan Carlos Gavara de Cara, op cit. 229.

¹⁵⁵ Tomo prestadas las palabras de Hart, H.L.A. Hart, El Concepto del Derecho, México DF, Editora Nacional, 1961, pág. 239.

¹⁵⁶ C.J. Friedrich, La filosofía del derecho, op cit. 164; Baruch Spinoza, Ética Demostrada Según el Orden Geométrico, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984; Spinoza Tratado Teológico – político, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985; Jhon Locke, Ensayo Sobre el Entendimiento Humano, Barcelona, Ediciones Orbis, 1986; Heinrich Henkel, Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid, Biblioteca Política Taurus, 1968, pág. 639 y ss.

¹⁵⁷ Baruch de Spinoza, Ética demostrada según el orden geométrico, op cit. 49.

La cualidad de un núcleo absoluto representaría fielmente una de las antinomias propuestas por Kant respecto a que la causalidad es fruto únicamente de las leyes naturales, ya que su concepción como se ha dicho, reiteraría la trasplantación de lo que a modo de observación ocurre en las leyes naturales, condicionándolas como inamovibles e inobjetables por su carácter previo.

Lo que conlleva necesariamente a que la vinculación al contenido esencial absoluto sea sólo en el orden de la prohibición de interdicción y que cualquier afección se manifiesta como intolerable e inconstitucional. De esta manera, el núcleo absoluto de un derecho se esquematizará como Henkel indica en “un orden de normas de validez general, supratemporal, dado previamente al hombre, que le es evidente y que puede y debe servir de modelo inmutable para todos los órdenes jurídicos positivos”¹⁵⁸.

El núcleo absoluto de un derecho, representaría así una barrera infranqueable que vendría determinado en abstracto y a priori por un conjunto de características consustanciales al derecho, que sólo a través de la razón pueden ser descubiertas a posteriori.

No obstante, existen características que si bien pertenecen al derecho, no son precisamente las que configuran su naturaleza como tal y por tal motivo, si pueden ser objeto de tratamiento especialmente por el legislador, siendo parte del área periférica, la cual, podría ser incluso anulada sin que por ello exista ilegitimidad del acto.

Los derechos así entendidos, se derivarían en dos sustratos uno núcleo y otro aledaño, siendo el primero incondicionalmente absoluto, y el segundo totalmente desprotegido, razón por la cual esta teoría ha sido severamente criticada alegándose como insostenible.

¹⁵⁸ Heinrich Henkel, op cit. 647.

5.2 Teoría Relativa.

Frente a esta teoría, ha surgido la denominada teoría relativa del contenido esencial, objetando principalmente el carácter nuclear absoluto del contenido esencial, describiendo que esta manera de entender los derechos fundamentales correspondería estructuralmente al modelo de las reglas.

Ante ello, la teoría relativa, sostiene que el derecho debe ser entendido como un todo, y frente al cual se podría realizar intervenciones siempre y cuando estas se encuentren debidamente justificadas, esto es, que hayan superado el principio de proporcionalidad en sentido amplio o estricto.

El resultado de su aplicación tendría por finalidad, definir lo que es el contenido esencial del derecho al crear una norma con carácter de definitiva, deviniendo a partir de este momento el carácter estable del contenido, antes de aquello existía solamente un contenido *prima facie*. Esta teoría presupone como sus defensores lo sostienen¹⁵⁹, asumir que los derechos poseen estructuralmente el carácter de principios, siendo por ello susceptibles de ser ponderados.

5.3 Teorías mixtas.

Con el objeto de complementar, las incongruencias de ambas teorías ha surgido una teoría mixta, que anuda aspectos tanto de la teoría absoluta como de la relativa. La principal teoría mixta asume el carácter bifronte del derecho derivándolo también en un núcleo absoluto y un campo periférico sometido al principio de proporcionalidad.

¹⁵⁹ Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op cit. 259; Martin Borowski, La estructura de los derechos fundamentales, op cit. 98 y 99.

Esta teoría mixta reconstruye su fundamento, en cuanto admite como de imperiosa necesidad la justificación de las intervenciones en el sustrato periférico del derecho, siendo necesario para ello, que los actos provenientes del poder público especialmente del legislativo se sometan al principio de proporcionalidad a fin de poder apoyar no solo la intervención sino dejar a un lado un posible vaciamiento.

Persiste de esta manera, la distinción entre los grados de fundamentalidad en el derecho, por una parte un núcleo intocable y por otro un campo externo susceptible de ser restringido vía justificación adecuada, tal como lo entendería el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 61/1989:

“no debe confundirse el ámbito del contenido esencial del derecho, límite que se impone a la actividad del legislador (Art. 53.1 de la Constitución) con el ámbito de protección en amparo del derecho fundamental (Art. 53.2 de la Constitución) que incluye el efectivo goce del derecho en el marco de la regulación legal, la cual puede, respetando ese contenido esencial regular de forma más amplia o más restrictiva los derechos o medios instrumentales que faciliten al Sindicato y a sus afiliados el ejercicio de la actividad social de la empresa”.

La mezcla de esta teoría, comporta desde el planteamiento del núcleo absoluto entender que éste tendría el carácter estructural de regla, constituyendo por ende un sustrato intocable, y la parte periférica estaría compuesta por una o varias normas, que al ser de validez prima facie, podrían ser objeto de desarrollo, configuración o regulación en la medida en que exista una debida justificación a través de la utilización del principio de proporcionalidad.

CAPÍTULO II.

La Garantía del Contenido Esencial en la Constitución Ecuatoriana del 2008.

1. El problema del conocimiento jurídico, ¿Cómo debería entenderse el contenido de los derechos fundamentales?

El cuestionamiento acerca de cómo debería entenderse el contenido de los derechos fundamentales, nos remite inmediatamente a la pregunta ¿Cómo podemos conocer éste contenido?, y la respuesta acerca de bajo qué forma podemos acceder a este conocimiento, ó más bien ¿bajo qué método debemos hacerlo?, viene de la mano de la epistemología jurídica, y sin embargo como lo reconoce Nieto:

“¿Cómo no hablar de limitaciones del conocimiento jurídico si no sabemos siquiera qué es lo que queremos conocer? Al cabo de veintitrés siglos de reflexión y discusión no se han puesto de acuerdo los juristas en el objeto de sus preocupaciones....”¹⁶⁰

De ésta reflexión, claramente podemos colegir, qué el problema del “paradigma epistemológico”¹⁶¹, es un asunto lejos de encontrarse definido, y qué más bien supone como lo enfoca Hart acerca del concepto del derecho¹⁶² una constante asunción y desplome de teorías que desde los más diversos enfoques y opiniones han tratado de justificar o explicar éste fenómeno y que hasta a veces resultan totalmente contradictorias.

Al parecer el derecho en este aspecto, posee la condena de Sísifo, es decir, podemos construir abundante conocimiento teórico jurídico, y sin embargo, éste se verá condenado en un tiempo próximo a volver a rodar colina abajo, en aceptación de otra forma de comprender y por ello de explicar el derecho.

¹⁶⁰ Alejandro Nieto y Agustín Gordillo, *Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pág. 35.

¹⁶¹ Luis Prieto Sanchís, *Ideología e Interpretación Jurídica*, op cit. 19.

¹⁶² H.L.A Hart, *El Concepto del Derecho*, op cit. 1 - 7.

Siendo por este motivo, que a través de la historia, el derecho ha sido entendido, fundamentado, explicado y aplicado desde múltiples facetas. En definitiva, las percepciones sensoriales de un determinado espacio y tiempo predeterminan un conjunto de concepciones que materializan los lineamientos bajo los cuales se ha de construir cierta teoría del derecho.

Quiero decir con esto, que ciertos condicionamientos al especificar de manera preponderante el cómo miramos la realidad, son a su vez presupuesto suficiente para influir en la creación y posterior acceso al conocimiento jurídico, lo cual implica a su vez como resultado que los métodos sean también diversos y dependientes de una cierta forma de representar la realidad.

Por un lado tenemos entonces la forma de mirar la realidad (ideología), la cual constituye una seña pre constituida al derecho, que en base a un método lo indagará y analizará otorgándole una cierta identidad, requiriendo por otro lado que las técnicas bajo las cuales tenga que aplicarse sean consonantes con su prédica.

Esta variación de formas de entender y explicar desde diversos puntos de vista y a través de distintos métodos de acercamiento lo que es el derecho y en el caso que nos atiene el contenido de los derechos, presupone como lo señala Comanducci¹⁶³, que en el último siglo por ejemplo dos sean las corrientes epistemológicas que se han opuesto, por un lado el “empirismo” y por otra el “constructivismo”. Pero además para efectos de éste trabajo, y por cuanto la atribución del término *esencia*, es entendida y utilizada por parte de la corriente de la teoría absoluta como una cualidad perteneciente por naturaleza a un derecho fundamental, es menester referirse en primer lugar al iusnaturalismo.

¹⁶³ Paolo Comanducci, *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica*, Lima, Ara Editores, 2010, pág. 214 – 218.

1.1 (Iusnaturalismo) Contenido entendido como ontológico sustancial.

Si bien, la idea de un derecho natural tiene un largo raigambre histórico, del que se desprenden incluso varias concepciones de la misma¹⁶⁴; es ciertamente que en el derecho posterior a la Segunda Guerra Mundial vio especialmente en Alemania y en otros países la asunción de la idea de un derecho natural, que otorgue aquella idea de legitimidad superior perdida en la época del nacionalsocialismo¹⁶⁵.

Esta cierta reincorporación de un derecho natural superior recayó entre otras cosas en el término correspondiente como esencial al contenido de los derechos fundamentales, el cual rememora¹⁶⁶, la búsqueda por aquel sustrato “ontológico sustancial” que debe ser protegido y no desnaturalizado.

Esta substancia esencial pretérita a cualquier norma positiva y funcional a cualquier sistema de derecho, es entendida como algo dado y por ello preexistente al Estado, el cual toma claramente su lugar a partir del iusnaturalismo especialmente el Tomista¹⁶⁷ y el racionalista¹⁶⁸, en el cual el derecho posee un carácter inmutable, eterno, invariable y aplicable a todos los hombres en cualquier circunstancia de tiempo y espacio.

Los hombres no construyen libremente el derecho, simplemente deben verificar la correspondencia entre el orden positivo con aquel natural procedente de máximas naturales divinas por un lado y por otro como productos de la inferencia de la razón¹⁶⁹ de los hombres. Constituyéndose por ello los principios de orden natural en la pauta de

¹⁶⁴ Heinrich Henkel, op cit. 647 – 676.

¹⁶⁵ Arthur Kaufmann, Filosofía del derecho, op cit. 77 – 80; Carl Schmitt, La tiranía de los Valores, Buenos Aires, Editorial Hydra, 1979, pág. 107.

¹⁶⁶ Arthur Kaufmann, op cit. 336.

¹⁶⁷ “No es contrario a la justicia divina que el pecador sufra una pena eterna, porque ni aún las mismas leyes humanas que la pena sea medida de la falta en el tiempo.....” Tomás de Aquino, Compendio de Teología, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985, pág. 146.

¹⁶⁸ Baruch Spinoza, Ética Demostrada Según el Orden Geométrico.

¹⁶⁹ Véase por ejemplo los principios categóricos deducidos por Kant, Fundamentación para una metafísica de las Costumbres, y Principios Metafísicos del Derecho, Buenos Aires, Americalee, 1943, pág. 47.

legitimidad¹⁷⁰ de las leyes humanas, no pudiendo contravenir estas últimas su carácter supra temporal y supra espacial.

La esencia en el iusnaturalismo, es por ello una realidad ontológica constituida¹⁷¹ “ex ante”, un cúmulo de notas caracterizadas como primarias o principiales que componen o aportan una determinada sustantividad, cualquier variación de sus notas primarias o adición implica una recomposición de la sustancia en otra distinta, infiriéndose indefectiblemente el carácter de inalterable.

Sin embargo, Locke entre otros¹⁷², asentaría un serio escepticismo y objeción en contra de la existencia de este tipo de normas naturales sosteniendo:

“Si existieran unos principios prácticos innatos sobre los que todos los hombres estuvieran de acuerdo, apelaría a aquellos que conozcan medianamente la historia de la humanidad para examinar la cuestión... ¿Dónde está la verdad práctica, universalmente admitida sin ninguna duda, que sea innata?...”¹⁷³

La propuesta del derecho natural, como lo señala Henkel implica por así decirlo la búsqueda por aquel sustrato ontológico perteneciente a las leyes universales o cósmicas que nos rigen en contraposición a su correlato imperfecto que constituiría el derecho positivo¹⁷⁴. Sin embargo, esta apelación metafísica del derecho no recae sino en la aparición de caracteres ideales al mismo, los cuales por su condición evocan un uso universal, que mal se lo podría entender como atemporal.

Su idealización en principios considerados de orden natural, ya son por ende construcciones humanas, mediadas por el subjetivismo¹⁷⁵ tal como lo señalara Bunge “El

¹⁷⁰ Heinrich Henkel, op cit. 644.

¹⁷¹ Xavier Zubiri, Sobre la Esencia, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, pág. 511.

¹⁷² Arthur Schopenhauer, El Mundo como Voluntad y Representación; Ortega y Gasset, ¿Qué es conocimiento? Madrid, Alianza Editorial, 1992; Heidegger, La pregunta por la Cosa, Barcelona, Ediciones Orbis, 1986.

¹⁷³ Jhon Locke, Ensayo Sobre el Entendimiento Humano, Barcelona, Editorial Orbis, 1986, pág. 49.

¹⁷⁴ Heinrich Henkel, op cit. 647

¹⁷⁵ Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, op cit. 52.

naturalismo es falso fuera de las ciencias naturales, por que los hechos sociales, aunque sean tan reales como los hechos físicos – tal como insistiría Durkheim con razón –, son contruidos, no descubiertos”¹⁷⁶.

La pretendida esencia natural descansa entonces en una construcción subjetiva a posteriori, que se manifiesta principalmente bajo la adopción de métodos que recaen “falacias naturalistas” tales como la inalterabilidad futura de contenidos, la pertenencia exclusiva a los seres humanos o a un grupo de éstos, su atemporalidad, etc.

Y es que en definitiva, como señala Moore relacionar construcciones conceptuales como por ejemplo la justicia, con descripciones producto de ciertas percepciones de lo que sucede en la naturaleza adscribiendo al concepto sus sucesos, es más que una confusión o un error una “falacia” indefendible.

El contenido de los derechos (sustantividad), es como se señalo en la introducción a este trabajo una construcción artificial que posibilita una facultad de los seres (libertad), más no se trata de derechos con un contenido natural en el que puede observarse su inalterabilidad a través de la historia tal y como lo objeta Locke, por ello, plantear el contenido de los derechos, así como el acceso a su conocimiento como una inferencia principalmente de la razón ejemplificándolos a través de presupuestos o hechos naturales es del todo objetable.

1.2 Empirismo. Derechos y contenido a partir de la descripción.

Siendo así, la filosofía sustentadora del positivismo empírico Comte sostendría:

“Por fin, en el estado positivo, el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y el destino del universo y a conocer las causas íntimas de los fenómenos, para dedicarse únicamente a descubrir, con el uso bien combinado del

¹⁷⁶ Mario Bunge, Filosofía Política, op cit. 62.

razonamiento y observación, sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y similitud. La explicación de los hechos, reducida a sus términos reales....”¹⁷⁷

Y aunque como señala Nino, la concepción positiva en el derecho “es marcadamente ambigua”¹⁷⁸, su adscripción mayoritaria se enfoca en un positivismo normativista, que veían en la alegación a normas superiores y no positivas una contaminación subjetiva en el modo de conocer, entender, crear y aplicar el derecho, naciendo como degeneración de la primera, la cara contraria en la forma de un “positivismo ideológico y metodológico”¹⁷⁹.

Corriente que buscaba dar un sustento objetivo al derecho atendiendo principalmente a éste como verificación de hechos o datos (disposiciones jurídicas)¹⁸⁰, no circunscrita a otro criterio que su pura validez formal de producción, es decir, a un procedimiento en el que no existen condiciones a las cuales apelar, infiriéndose las normas como justas en cuanto contemplen este postulado.

Sin embargo, esta pretendida objetividad refleja una circunstancia propia tanto para el iusnaturalismo, como para el “positivismo ideológico y metodológico”, y es la circunscripción del o los jueces a un contenido ontológico preexistente e inmodificable, que en este caso corresponderían a un conjunto de disposiciones jurídicas positivadas en cuerpos normativos por una autoridad con la competencia para el efecto.

Tanto en el iusnaturalismo como en el “positivismo ideológico”, como señala Comanducci “la epistemología depende de la ontología, entonces la epistemología adecuada es la que se ajusta al objeto investigado”, (hechos y normas), recayendo en un método descriptivo¹⁸¹,

¹⁷⁷ Auguste Comte, Curso de Filosofía positiva (lecciones 1 y 2) Discurso sobre el espíritu positivo, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984, pág. 27.

¹⁷⁸ Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del derecho, op cit. 30.

¹⁷⁹ Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del derecho, op cit. 32.

¹⁸⁰ Mario Bunge, Filosofía Política, op cit. 55

¹⁸¹ “Quién cree que sólo pueden ser Ciencias de experiencia aquellas cuyo objeto es cuantificable, y por ello, medible y numerable, tiene que excluir también del campo de las ciencias a las Ciencias sociales en gran parte. Pues en ellas no se trata sólo de la explicación causal

que puede y ha dado lugar a que las formas de acercamiento cumplan únicamente esta tarea, provocando como resultado a que bajo este método cualquier norma o concepción utilitaria pueda ser considerada derecho.

Por ello como es conocido, y expuesto por Zagrebelsky, este tipo de positivismo al no considerar los límites del conocimiento jurídico, recayó en otra forma de subjetivismo procedente de las mayorías parlamentarias. De ahí que según ésta visión los métodos de acceso al conocimiento de lo que es el derecho y del contenido de los derechos, así como las técnicas de aplicación sean en definitiva vías conducentes a reflejar incuestionablemente una realidad jurídica positiva previa e inamovible sustentada en el aforismo “lex dura lex sed lex” “quintaesencia el positivismo acrítico”¹⁸²

Se pretende entonces la objetividad a nivel de entendimiento y aplicación, y por el contrario se oblitera la subjetividad del órgano productor, lo cual sustentó en cierta medida Kelsen¹⁸³, al considerar primero que si la interpretación es un acto de voluntad, ésta no se encuentra en un ámbito puramente científico y como consecuencia debería descansar únicamente en el órgano productor de la norma más no en el aplicador.¹⁸⁴

Es por este defecto ya previsto y que con acierto nos plantea Kelsen, que necesitamos retomar, si no queremos caer en los errores de un cierto sector del positivismo (ideológico y metodológico), que nuble los ojos ante este problema, lo planteado por Kant al respecto, y que fue retomado por Gadamer con posterioridad en cuanto a la problemática de la interpretación¹⁸⁵.

de hechos o de su percepción según reglas de probabilidad estadísticamente averiguadas...” Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, op cit. 186.

¹⁸² Gustavo Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, op cit. 134.

¹⁸³ Al citar a Kelsen en este apartado, no quiero señalar en modo alguno que el mismo sea un positivista ideológico, todo lo contrario para la época y circunstancias en las cuales escribió su obra sería un revolucionario mal comprendido

¹⁸⁴ Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, México DF. Ediciones Coyoacán, pág. 169 y 170.

¹⁸⁵ “La ley en tanto que estatuto o constitución necesita siempre de la interpretación para su aplicación práctica y esto significa, a la inversa, que toda aplicación práctica lleva ya implícita la interpretación” Hans Georg Gadamer, Verdad y Método II, Salamanca, Ediciones Sígueme – Salamanca, 1998, pág. 333

Ahora bien, y en correspondencia al tema que nos ocupa, si se concibe al contenido de los derechos fundamentales, como un elemento pre configurado por el constituyente, y por ende invariable, el cual bajo un régimen de demostración libre de valoraciones en el que necesitan ser únicamente constatados ciertos hechos con una disposición que los consagre, podríamos retóricamente hablar de derechos configurados como principios y sin embargo, el contenido de los derechos será aplicado como reglas a las cuales tienen que atenerse, y en segundo lugar, recaerán al igual que en el iusnaturalismo racionalista en una reconstrucción del contenido de los derechos, basado en un decisionismo - *intuicionista*¹⁸⁶ por parte del órgano de control constitucional de lo que debe entenderse por determinado derecho fundamental.

En realidad el mito de la absoluta objetividad que debe seguir un juez, conlleva a generar métodos que mantengan de cierta manera vivo el ideal de la vinculación estricta no mediada por subjetividad alguna a las disposiciones jurídicas.

Es por ello que la búsqueda o el redescubrimiento que pretenden realizar algunos Tribunales o Cortes Constitucionales del contenido esencial a través por ejemplo de los dos métodos o vías conducentes para averiguar el contenido esencial, como el utilizado por el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 11/81 reseñado en páginas anteriores, no sea sino una manifestación de una construcción posterior a partir de la ideología mayoritaria que posean éstos órganos, mediada fundamentalmente en el caso ecuatoriano además por los conceptos “pop” de la doctrina jurídica.

¹⁸⁶ Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, op cit. 55.

1.3 El Criticismo de Kant

El criticismo de Kant¹⁸⁷, hacia la imposibilidad de conocer objetivamente y construir conocimientos puros cuando han mediado percepciones sensibles, echaría al piso cualquier entendimiento del derecho, a partir de un orden ontológico sustancial natural, y de un descriptivismo de pura de verificación, constatación y aplicación de hechos con normas positivas.

La mediación del sujeto cognoscente en la apropiación de un conocimiento es ya tratamiento subjetivo de éste al influir sus percepciones, siendo por ello improcedente en primer lugar recurrir a la existencia objetiva de principios naturales y sobre todo a la capacidad de conocerlos como medio de juzgamiento de un derecho creado o positivo.

Y en segundo lugar, irrumpe este criterio demoliendo el ideal según el cual los jueces cumplen una labor predominantemente mecánica en la aplicación del derecho¹⁸⁸, es decir, una actividad cognoscitiva de comparación entre hechos y normas de las cuales se infiere una conclusión.

Es así que las representaciones según Kant, son puras sólo si no están sujetas a impresiones sensibles¹⁸⁹, siendo por ello, que el conocimiento en el derecho al estar mezclado con impresiones sensibles no proviene solo del entendimiento sino también de la percepción¹⁹⁰, y por ello es válido solo a posteriori¹⁹¹, a priori ninguna proposición en el derecho puede

¹⁸⁷ "De aquí que, aunque los principios superiores de la moral y sus conceptos, fundamentales sean conocimientos a priori, no pertenezcan, sin embargo, a la filosofía trascendental; porque los conceptos de placer o dolor, de deseo o inclinación tienen todos un origen empírico..." Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, op cit. 109.

¹⁸⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, pág. 131 y ss. Y Luis Prieto Sanchis, "Interpretación Jurídica y Creación judicial del derecho", Editorial Temis, pág. 168 y ss.

¹⁸⁹ "Se llama sensibilidad la capacidad (receptividad) de recibir la representación según la manera como los objetos nos afectan..." Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, op cit. 113.

¹⁹⁰ Fernand Van Steenberghe, *Epistemología*, Madrid, Biblioteca Hispánica de Filosofía, 1956, pág. 304 – 306.

¹⁹¹ "¿Qué es esa incógnita X en que se apoya el entendimiento cuando cree descubrir fuera el concepto de A un predicado que le es ajeno y que, sin embargo, estima como unido a él? No puede ser la experiencia, puesto que la referida proposición reúne las dos representaciones, no sólo de un modo general, sino también con el carácter de necesidad, es decir, a priori y por conceptos puros. En tales proposiciones sintéticas, es decir, extensivas se funda todo el objeto final de nuestro conocimiento especulativo a priori..." Immanuel Kant, *Crítica de la Razón Pura*, op cit. 103; Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op cit. 208.

estimarse como verdadera o falsa de un modo absoluto, sino como objeto de corrección¹⁹².

La posibilidad de corrección en el derecho a partir de criterios de óptima compensación (justicia), convierte al derecho en un sistema de búsqueda permanente por el deber ser, por los ideales sustentados como derechos que permiten como medios traducir constantemente el ejercicio de la libertad (positiva y negativa) de los seres.

Esta idea del derecho a partir de la optimización desplaza el centro de gravedad de los métodos de acceso al conocimiento jurídico, de un contenido ontológico estático hacia los destinados a sustentar una construcción continua.

1.4 Constructivismo, el derecho como obra sujeta a límites.

Bajo la corriente del “constructivismo epistemológico”, el derecho y el contenido de los derechos no son realidades preestablecidas, ni tampoco objeto de verificación empírica, son procesos de construcción constante¹⁹³, en el que su contenido (ontológico) depende de una aportación articulada de diversos actores y bajo múltiples perspectivas¹⁹⁴, que no obstante deben ser consonantes a ciertos parámetros de construcción.

La premisa principal diría yo, se encontraría en el ideal de concebir al derecho como un medio de contrarrestar la causalidad natural a la que nos vemos sometidos, a través de principios previamente consensuados (dignidad, igualdad, libertad y justicia), que enarbolan un sistema incondicionado al autointerés¹⁹⁵ y existente solo en cuanto haga

¹⁹² Al respecto sobre la pretensión de corrección de Robert Alexy, Derecho y Moral, en el libro Interpretación Constitucional Tomo I Compilación de Eduardo Ferrer Mac-gregor, México, Editorial Porrúa, 2005, pág. 4 y ss; También en Ernesto Garzón Valdés, Derecho y Moral en el Libro El Derecho y la Justicia, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pág.

¹⁹³ Alejandro Nieto y Agustín Gordillo, Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico, pág. 18.

¹⁹⁴ Vittorio Villa, Constructivismo y Teoría del Derecho, Revista Doxa N° 22 1999, pág. 287.

¹⁹⁵ Immanuel Kant, Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres, op cit. 120; Jhon Ralws, Teoría de la Justicia, op cit. 80 – 81; Carlos Santiago Nino, Ética y Derechos Humanos, op cit. 71

viable a través de un discurso¹⁹⁶ posterior pero ya materialmente aceptado, la pretensión de libertad (positiva - negativa), en todo el espectro de posibles facetas.

Desde esta visión, “la ontología depende de la epistemología”¹⁹⁷, por ello la recepción del conocimiento será siempre crítica y abierta a una posible reconstrucción interpretativa, existiendo un proceso de edificación del conocimiento, en el que toda realidad es susceptible de ser modificada, no pudiendo sin embargo aportar cualquier resultado (ideológico), tal como puede desprenderse de la versión fuerte del realismo jurídico¹⁹⁸, siendo procedente la concepción de Coing sobre el derecho como “...una creación humana. Pero no es una creación arbitraria. No se encuentra en un ámbito puro. Está al servicio de determinados fines...”¹⁹⁹

Por ello, y tomándonos en serio la crítica de Kant, siempre existirá en el proceso de construcción cierta contaminación subjetiva de la persona por la existencia de un proceso de pre comprensión²⁰⁰, lo cual no quiere decir que no existan vínculos a los cuales los constructores se vean constreñidos.

¹⁹⁶ “El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y actitudes frente a acciones de otros....” Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, op cit. 109.

¹⁹⁷ Paolo Comanducci, *Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica*, op cit. 215.

¹⁹⁸ “Es también esta herencia la que la profesión está (y debería estar) perdiendo cuando ahora recuerda el New Deal con medio siglo de distancia. Espero convencerles de que no es el realismo sino el constructivismo lo que nos permitirá enfrentarnos -cuando no resolver- los retos legales básicos planteados por nuestra forma actual de vida política y social. En contraste con los esfuerzos realistas por entender cada disputa particular en su infinita particularidad, los juristas constructivistas hacen hincapié en el peligro que supone exagerar la importancia legal de lo idiosincrásico. Así, hacen un llamamiento en favor de un «fundamento de hecho» que relacione los conflictos individuales con las tensiones estructurales sistemáticas de la vida social. A diferencia de los realistas y su adaptación intuitiva de las tradiciones *dellaissez faire*, los juristas constructivistas temen que los confusos esfuerzos por mejorar la mano invisible produzcan un mundo menos justo y humano todavía que el capitalismo de libre mercado. Propugnan, en cambio, la prueba sistemática de las actuaciones intervencionistas particulares por medio de principios legales que intenten capturar los ideales básicos que han conducido a los norteamericanos a abrazar el intervencionismo.” Bruce Ackerman, *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, Barcelona, Editorial Ariel, 1988, pág. 32 y 33.

¹⁹⁹ Helmut Coing, op cit. 105.

²⁰⁰ Alejandro Nieto y Agustín Gordillo, *Los límites al conocimiento jurídico*, op cit. 37.

1.4.1 Vínculo al Constructivismo en el Derecho (Fórmula Política).

La visión del constructivismo es precisamente la aceptación expresa, de que por mediar la visión pre comprensiva de ciertos actores en el proceso de construcción del derecho, así como por la circunstancias de tiempo y lugar (contexto cultural), éste no puede verse compelido a enmarcarse en sus resultados a “categorías de verdad”²⁰¹, en base a la realización de análisis descriptivos, sino que el derecho permanece abierto y es susceptible de ser perfeccionado constantemente, pero con ciertas restricciones.

Así en primer lugar, el marco de disposiciones jurídicas, se manifiestan desde ésta perspectiva como productos o materiales brutos²⁰², que sirven como marco de actuación a cada constructor²⁰³, pero siempre mirados desde un esquema conceptual previsto en la forma de un “paradigma jurídico”²⁰⁴, permitiendo de ésta forma el constructivismo configurarlo materialmente a posteriori al estilo de la “regla de reconocimiento”²⁰⁵ de Hart, en la cual la aceptación práctica de una determinada manera de conceptualizar, tratar y realizar el derecho especialmente a nivel de las soluciones judiciales²⁰⁶, legislador y órganos administrativos²⁰⁷ es lo que en definitiva determinará la pauta de concepción de lo que en un determinado tiempo y lugar se tenga por derecho y por el contenido de cada derecho fundamental.

²⁰¹ Jean Piaget, Tratado de Lógica y Conocimiento Científico Volumen VI, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1979, pág. 183.

²⁰² Alejandro Nieto y Agustín Gordillo, Los límites al conocimiento jurídico, op cit. 20.

²⁰³ En este sentido escribe Manuel Atienza “el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar”, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Para una Teoría Postpositivista del derecho, Lima, Editorial Temis, 2009, pág. 152.

²⁰⁴ “La noción de paradigma, acuñada en su día por Kuhn, supone la comprensión de la realidad bajo un marco de supuestos e ideas comunes cuya función básica es reducir la complejidad y resolver problemas (enigmas) por la comunidad (científica bajo una serie de compromisos preestablecidos....)” Mario Ruiz Sanz, La Construcción Coherente del Derecho, Madrid, Editorial Dykinson, 2009, pág. 193 – 198.

²⁰⁵ H.L.A Hart, El Concepto del Derecho, op cit. 125 - 146

²⁰⁶ H.L.A Hart, El Concepto del Derecho, op cit. 145.

²⁰⁷ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Las Piezas del Derecho, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, pág. 150 – 154.

Habermas, en consonancia con Hart concibe también a un “paradigma jurídico” como la realización de un quehacer estatal influenciado por la participación ciudadana en la construcción discursiva de lo que es el derecho²⁰⁸.

“Pues el nuevo paradigma se pone a sí mismo a discusión bajo sus propias condiciones; pues en la medida en que acuñase el horizonte de una comprensión dentro de la cual todos (cada uno a su manera y en términos de una división de trabajo) participasen en la interpretación de la Constitución todo cambio histórico que se percibiese en el contexto social tendría que ser entendido como un desafío a someter a revisión y a examen la propia comprensión paradigmática del derecho”

De igual forma tanto en el contractualismo y neocontractualismo, el derecho aparece como una obra inacabada que va adquiriendo contenido a posteriori a partir de formas primarias o principios aceptados por los contrayentes y expuestos desde el esquema de ideales sobre los que se sustenta el sistema y que constituyen a su vez modelos a perseguir²⁰⁹.

Tanto los modelos discursivos (Habermas y Nino²¹⁰), como los modelos contractualistas sustentan su función constructiva a partir del *consenso* como primer elemento objetivamente vinculante a la creación.

Este consenso primario a nivel pragmático en el derecho, se alcanza en lo que Lucas Verdú ha denominado “formula política” de una constitución entendida esta como “la expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social”²¹¹. Constituye entonces la “fórmula política” el sello de identidad que se manifiesta en una Constitución, generalmente a través de los principios rectores²¹² que la conforman y que en nuestro caso se delinean desde el preámbulo y transversalmente a través de la Constitución tales como

²⁰⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, op cit. 477.

²⁰⁹ Immanuel Kant, *Principios Metafísicos del Derecho*, op cit.

²¹⁰ Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, 91-128.

²¹¹ Citado por Raúl Canosa Usera, *Interpretación Constitucional y Formula Política*, Centro de Estudios Constitucionales

²¹² Raúl Canosa Usera, *Interpretación Constitucional y Formula Política*, op cit. 257.

el “buen vivir”²¹³, derechos de la naturaleza, Estado Constitucional, de derechos, justicia, economía social y solidaria, etc.

Estos principios estructuran y dimensionan el quehacer estatal en base a un cimiento ideológico previamente consensuado, y que constituye el parámetro básico y principal de actuación. Es decir, que cualquier construcción normativa posterior estará influenciada directamente en cuanto marco de actuación a los principios y directrices que conforman la “fórmula política”.

Habíamos dicho que una exigencia del constructivismo, es la recepción crítica del conocimiento y su reelaboración interpretativa, sin embargo, en el caso de otorgarle un contenido a los derechos la elaboración de tal, es viable si y solo si es consonante con la “fórmula política” exigida, tomando cualquier desviación (ideológica) en la construcción de su contenido como arbitraria.

Se impone de ésta forma un límite claro a la actividad interpretativa²¹⁴ de los actores en la construcción del derecho y en este caso del contenido de los derechos. El mismo no puede ser especialmente lo que los jueces o legislador consideren que es, sino aquello que la “fórmula política” delinea como posible.

Podríamos decir entonces que una fórmula política determinada es el punto de llegada de un contrato consensuado y el punto de partida de un discurso sobre el mismo construido por los entes estatales. La “fórmula política” constituye entonces el vínculo y eje sobre el cual deberá desarrollarse el contenido de los derechos en la Constitución del 2008.

²¹³ “El Buen vivir en la Constitución Política del Ecuador y el Vivir Bien en la Constitución Política de Bolivia, es una mezcla o un champús como la que gusta actualmente a la posmodernidad para hacer un menaje de todo un poco. Es una combinación del Buen Vivir platónico, con ciertos postulados cristianos y humanistas, algunos conceptos de los paradigmas ecologistas, étnicos, socialistas, y finalmente añadiendo ciertos principios generales del Sumak Kawsay, a todo lo cual le llaman el Buen Vivir o Sumak Kawsay...” Oviedo Freire Atawallpa, Artículo “El posmoderno Buen Vivir y el ancestral sumakawsay”, en el Libro Construyendo el Buen Vivir (Guillen García y Casanova Mauricio Phélan Editores), Cuenca, Ediciones Pydlos, 2012, pág. 57.

²¹⁴ Raúl Canosa Usera, Interpretación Constitucional y Formula Política, op cit. 271.

Se colige entonces, que el método de asignación de contenido a los derechos fundamentales dispuesto por el constituyente ecuatoriano en el primer párrafo del Art. 11# 8, conlleva precisamente una visión integradora (legislativo, judicial y administración pública) de construcción a posteriori (desarrollo progresivo²¹⁵) de los mismos, de forma consonante a la formulación de Estado como de derechos y justicia.

El constructivismo, supone evidentemente una reestructuración metodológica “*postpositivista*” en la realización del derecho, en la cual los órganos del Estado más que actuar entre ellos en un esquema de “checks and balances”, que en la práctica predetermina siempre la asunción de un órgano sobre los demás dependiendo de la perspectiva ideológica²¹⁶; lo hagan bajo la óptica de un régimen de *relaciones y compensaciones*.

Cambia totalmente de esta manera, la concepción del derecho desde una perspectiva “nominalista” en cuanto conjunto de disposiciones jurídicas de cualquier contenido producto de forma preponderante de una sola fuente jurídica, hacia una concepción “relacional” del derecho, en el cual como señala Kaufmann:

“el derecho es la correspondencia entre deber ser y ser. El derecho es una concordancia, no tiene un carácter substancial, sino un carácter relacional; la totalidad del derecho no es, por ende, un complejo de párrafos, no es unidad de normas, sino unidad de relaciones.”²¹⁷

Y aunque la “fórmula política” constituya el punto de partida y vínculo principal en la construcción, la necesidad de comprobaciones intersubjetivas en la realización del proceso, se constituyen en sustento indispensable de otorgamiento de cierta objetividad²¹⁸. Por tal

²¹⁵ “De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos....” Víctor Abramovich y Christian Courtis, Los Derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pág. 93.

²¹⁶ Por ejemplo, en el Positivismo ideológico el legislador era el órgano absoluto, en cambio con la aparición reaccionaria en forma de un neoconstitucionalismo ideológico, será trasplantado el absolutismo a un órgano encargado del control constitucional, que no hace sino situar bajo otro régimen de competencias y por ende de actuación el poder omnimodo de sostenerlo que a su criterio es cierta ordenamiento jurídico. Al respecto, Prieto Sanchís, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, op cit. 127 y 128.

²¹⁷ Arthur Kaufmann, Filosofía del Derecho, op cit. 283.

²¹⁸ “Sin embargo, y en contraposición a la opinión popular, la intersubjetividad (consenso) es un indicador de objetividad, no un definidor de la misma” Mario Bunge, Filosofía Política, op cit. 57.

motivo, si presuponemos como consonante el método constructivista adoptado por el Constituyente Ecuatoriano al “paradigma jurídico” diseñado en la Constitución del 2008, un contenido garantizado como *esencial*, tendrá que ser entendido no desde una perspectiva “ontológica sustancial”²¹⁹, sino desde ésta perspectiva.

Un contenido calificado como esencial, será por lo tanto un producto resultado de la utilización de controles intersubjetivamente válidos, que construyan un ámbito material y escalonado a posteriori por medio de los diversos órganos del Estado a través de la creación de una “red de reglas” y “estados de cosas”²²⁰, adscritas a los principios que contienen derechos fundamentales previamente establecidos por el constituyente.

En este punto considero conveniente antes de abordar el desarrollo del método, y de establecer a partir de qué presupuestos intersubjetivos puede inferirse la esencialidad, responder a la cuestión ¿Cómo puede configurarse el contenido de los derechos fundamentales?.

2. La necesidad inmanente de los principios en un Estado Constitucional.

Uno de los sustentos centrales, a los cuales apeló el contractualismo racionalista, especialmente él planteado por Locke²²¹ y Kant²²², a favor de la construcción de un modelo coherente del derecho, es la existencia de principios implícitos a su existencia como correlato de una legitimidad inherente a la justicia²²³, caracterizadora y propia del mismo.

²¹⁹ “Sólo debe dejarse en claro que la generalidad del “contenido esencial no conduce muy lejos. Ninguna de las teorías mencionadas satisface. Sólo someramente de acuerdo a la concepción relacional (no ontológica sustancial) expuesta aquí, los derechos humanos serán protegidos siempre sólo en relación con los derechos de los otros” Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, op cit. 336 y 337.

²²⁰ “Un estado de cosas es un conjunto de hechos naturales y/o institucionales, que, a su vez, pueden o no ser el resultado de acciones naturales o institucionales: por ejemplo, ser mayor de edad y casado es un conjunto de hechos institucionales, el segundo de los cuales es, a su vez, el resultado de una acción institucional” Manuel Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, op cit. 59.

²²¹ Jhon Locke, “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil” en <http://www.paginasobrefilosofia.com/html/Locke2/prelocke.html>.

²²² Immanuel Kant, “Fundamentación para una metafísica de las Costumbres”, Alianza Editorial, Madrid 2002. Y “Principios Metafísicos del derecho”, Editorial Americalee, Buenos Aires 1943.

²²³ A manera de ejemplo señalaré el Principio Universal del derecho planteado por Kant “Es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según sus leyes universales”

Sin embargo, como se ha señalado en páginas precedentes, en el proceso de evolución del derecho el modelo se reconduciría hacia un sistema “axiomático – deductivo”²²⁴.

El resultado como es conocido, es un modelo formal del derecho, el cual estaba destinado a presentar una serie de falencias, entorno a la coherencia, sistematicidad y legitimidad del ordenamiento jurídico²²⁵, las mismas que discurrieron en una serie de críticas e intentos de reconstrucción del modelo²²⁶. Uno de ellos, empezó a tener lugar a partir de los años treinta²²⁷ en Alemania, fundamentalmente por las objeciones presentadas por Engisch, Coing y Esser, a favor de un sistema que contemple la existencia de principios como medio para otorgarle un sentido sistemático al derecho, y por los planteamientos del neocontractualismo de Rawls²²⁸ en EEUU. Esser al respecto manifiesta:

“ningún corpus iuris, es decir, ninguna colección de leyes es solo masa, sino que más bien es, en primer lugar, un sistema de principios, fijado con los datos de esta masa, que permiten al juez la selección, aplicación, y nueva formación de normas positivas. Con ellos, el derecho no solo se hace útil, sino que sólo con ellos obtiene su carácter de orden jurídico”²²⁹.

Los principios, serían según estos juristas, estructuras abiertas, no acabadas, tendientes a consolidar un sistema entorno a su unidad, excluyendo lagunas y contradicciones, a la vez que configuran al derecho alrededor de una perenne construcción, mediatizada ya

Immanuel Kant “Principios Metafísicos del derecho” pág. 47; Karl Larenz, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Editorial Ariel, pág. 189, Barcelona 2001.

²²⁴ Citado por Karl Larenz, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Editorial Ariel, pág. 168, Barcelona 2001.

²²⁵ Mario Ruiz Sanz, “La Construcción coherente del derecho”, Editorial Dykinson, pág. 31 y 32 Madrid 2009.

²²⁶ Prieto Sanchis “Ideología e Interpretación jurídica”, Editorial Tecnos, pág. 28 y ss. E “Interpretación jurídica y Creación Judicial del Derecho” Editorial Temis, pág. 63 y ss. Lima Perú 2007.

²²⁷ Gustavo Zagrebelsky, “El Derecho Dúctil”, Editorial Trotta, pág. 111, 112 y 113, Madrid 2008

²²⁸ Jhon Rawls, “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, pág. 67 y 68 México 2003

²²⁹ Karl Larenz, op cit. 170.

no sólo por el legislador, sino también por los jueces, lo cual fue acogido por el Tribunal Constitucional Alemán a partir del Caso Luth en 1958²³⁰.

No obstante, el criterio de coexistencia tanto de reglas como de principios, no sería aceptado de la misma forma alrededor del mundo, por ello Dworkin, en el medio anglosajón, dirigirá una atenta contraposición, a un modelo de positivismo, que a su manera de ver, desatiende la inclusión de principios

2.1 Crítica de Dworkin a Hart.

El ataque de Dworkin se dirigirá especialmente en contra de Hart²³¹, a quién contrapone un estándar exclusivo de reglas²³², por considerarlo *insuficiente* para dar cuenta por entero de la noción de “derecho”²³³, girando su crítica alrededor de un sistema constituido también por principios, haciendo la observación, que en los casos que denomina como “difíciles” se presentaría con mayor fuerza la discrecionalidad, si se toman en cuenta solo las reglas y no se toman en cuenta los principios²³⁴.

2.2 Propuesta de Dworkin y el desarrollo teórico de Alexy.

Aunque la tesis de Dworkin, parte de esta crítica inicial (Hart) en cuanto a la aplicación del derecho, su innovación se presenta en cuanto a la originalidad para determinar la diferencia estructural entre reglas y principios que componen el derecho, la cual se manifiesta respecto de la solución que ofrecen; en este sentido las reglas tendrían una estructura condicional “de todo o nada”, es decir el juez las aplica si son válidas o simplemente no las aplica, a

²³⁰ Sentencia de la Primera Sala, del 15 de enero, 1958, Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth], en Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 202

²³¹ H.L.A Hart, “El Concepto del derecho”, Editora Nacional Segunda Edición, México 1980.

²³² H.L.A Hart,, op cit. 33 y ss.

²³³ Ronald Dworkin, “Los Derechos en Serio”, Editorial Ariel, Pág. 65

²³⁴ Dworkin pone como ejemplo de aplicación de principios dos casos muy interesantes de la jurisprudencia norteamericana Riggs vs. Palmers y Henningsen vs. Bloomfield Motors. Inc Op cit.. 73 y 74.

diferencia de los principios que no manifiestan exactamente los presupuestos para su aplicación, ni las consecuencias jurídicas que se derivan de aquello; además los principios a diferencia de las reglas tienen en su dimensión un “peso” que les es concomitante, sobre todo cuando los principios entran en conflicto y corresponde al Juez su resolución.

La importancia del trabajo de Dworkin salta a la vista, pero a decir de Alexy, que las reglas son de aplicación del “todo o nada” y los principios son “una razón a favor de la argumentación”²³⁵ no constituye sino un modelo simple que tiene que ser mayormente diferenciado²³⁶, adscribiendo la diferencia a una cuestión cualitativa y no de grado²³⁷, ya que si presuponemos que la diferencia estriba esencialmente en una cuestión de grado, las reglas y principios jurídicos se diferenciarían esencialmente por su generalidad, por lo que la diferencia entre principios y reglas sería únicamente una cuestión de indeterminación en cuanto a la norma, así mientras más alto sea el nivel de indeterminación la norma sería calificada como principio, a la vez que mientras más bajo sea la indeterminación, la norma será una regla.

Alexy critica además, que la calificación de las reglas como “del todo o nada”, no determina una adecuada noción acerca de lo que son las reglas ya que estas sobre todo en los ordenamientos jurídicos actuales no dan cuenta de todas las excepciones que se puedan dar sobre ellas, debido a la pérdida en la capacidad de abstracción de las reglas²³⁸, por lo que Alexy amplía y desarrolla la noción de Dworkin acerca de lo que son reglas definiéndolas como “*mandatos definitivos*” ya que “*contienen determinaciones en el*

²³⁵ Ronald Dworkin, Es el Derecho un Sistema de Normas, pág. 92

²³⁶ Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales pág. 80

²³⁷ Robert Alexy, Op cit., 67

²³⁸ Al respecto Gustavo Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, pág. 29

campo de lo posible fáctica y jurídicamente”²³⁹, de este modo la estructura normativa de las reglas se determinaría en que su cumplimiento exige solo una determinada medida, a diferencia de los principios en los que su cumplimiento podría ser de diferente grado al ser “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” en este sentido los principios serían “*mandatos de optimización*”²⁴⁰.

2.3 Planteamiento de Atienza y Ruiz Manero.

El enfoque principal propuesto por Atienza y Ruiz Manero, para caracterizar a los principios es a partir de su estructura, esto es, respecto de la forma como se encuentran organizadas ciertas normas o estados de cosas en una determinada disposición. En efecto, caracterizan a los principios como estructuras que “configuran los casos de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada”²⁴¹, distinguiendo a su vez en “principios en sentido estricto”²⁴², en los cuales existiría una consecuencia jurídica y “directrices”²⁴³ en las cuales solamente se perseguiría un estado de cosas determinado.²⁴⁴

La objeción la dirigirán principalmente contra Alexy, presentando su particularidad en atención a la distinción efectuada entre principios en sentido estricto, directrices e institucionales, manifestando, que la caracterización de Alexy sobre los principios como “mandatos de optimización” tendría lugar solo a favor de los principios calificados como “directrices” y se desnaturalizaría en cuanto a los principios en sentido estricto²⁴⁵, ya que estos al contener una consecuencia jurídica en forma de mandato no podrían cumplirse de

²³⁹ Robert Alexy, *Sistemas Jurídicos, principios y razón práctica*. Pág. 144. Y *Teoría de los Derechos Fundamentales* pág. 68

²⁴⁰ Robert Alexy, op cit. 67.

²⁴¹ Manuel Atienza y Ruiz Manero, “Las piezas del derecho” y “Para una teoría Postpositivista del derecho” pág. 9 y 90 respectivamente.

²⁴² Un ejemplo típico lo constituiría el derecho a la libertad de expresión Art. 66 # 6 Constitución de la República.

²⁴³ Art. 57 # 1 Constitución de la República.

²⁴⁴ Manuel Atienza y Ruiz Manero, op cit. 10

²⁴⁵ Manuel Atienza y Ruiz Manero, op cit. 11.

forma gradual, es decir que deberían aplicarse o no. En cuanto a las directrices, al perseguir solamente un estado de cosas, la condición de optimización se aplicaría adecuadamente al tener que considerar las posibilidades fácticas y jurídicas para su operatividad.

Según este planteamiento (Atienza y Ruiz Manero), el concepto de Alexy, se encontraría limitado a una sola clase de principios jurídicos, las “directrices”.

2.4 Sieckmann y la caracterización de los principios como reiteración de mandatos de validez.

La conceptualización de los principios como “mandatos de validez”²⁴⁶, trata de aportar elementos justificativos adicionales y complementarios al modelo de los principios, siendo así, la primera aclaración de Sieckmann, enfatiza que los principios, no pueden entenderse, ni tratarse, en el razonamiento jurídico como proposiciones normativas, esto es como definitivamente válidos, sino como argumentos normativos, o razones para ponderar²⁴⁷, lo cual atribuye al fundamento lógico de precisar, que los principios son mandatos de validez, que se pueden iterar infinitamente²⁴⁸ debido al carácter ideal que poseen.

De esta forma, la iteración presupone que bajo las circunstancias Circunstancia1, Circunstancia2, Circunstancia3, Cinfinito, un principio es válido y consecuentemente puede operar como un argumento normativo a favor de una pretensión subjetiva, la cual correlativamente deberá ser ponderada con otras razones en juego.

²⁴⁶ Sieckmann, considera a los mandatos de validez “como una razón para ordenar algo; más exactamente, como una razón normativa a diferencia de una razón deductiva”, los cuales así sean “incompatibles pueden tener validez a la vez” op cit. 66 y 67.

²⁴⁷ Sieckmann, “El modelo de los principios”, Universidad Externado de Colombia, pág. 60, Bogotá 2006.

²⁴⁸ Sieckmann, op cit. 88.

Con estos argumentos, Sieckmann objeta a Alexy, que, la conceptualización de principios como mandatos de optimización, priva a los principios de ser constitutivos de razones para la ponderación²⁴⁹, ya que los mismos siempre deben ser realizados en la mayor medida de lo posible y supondrían indefectiblemente en un nivel pragmático su apelación a ser consideradas como reglas. Esta crítica, ha sido acogida por Alexy, quién ha tenido que relativizar su posición y decir que los principios “en tanto objetos de la ponderación, no son entonces mandatos de optimización, sino mandatos que se optimizan o mandatos a optimizar”²⁵⁰ indicando a su vez que “existe una relación necesaria entre el deber ser ideal, es decir, entre el principio como tal, y en mandato de optimización, en cuanto regla.”

2.5 Habermas y la objeción de los principios como valores.

Postula Habermas una seria objeción, a los principios entendidos como valores por parte del Tribunal Constitucional Alemán y a la postura desarrollada por Alexy al respecto, describiendo, en primer lugar, que la correspondencia entre principios y valores viene principalmente determinada por la doctrina de Scheler sobre la construcción de un orden de valores materiales, que pueden ser objetivamente gradados a través de las consideraciones sobre lo bueno y lo malo²⁵¹, sin caer en la incoherencia subjetiva planteada por Kant respecto a que móviles empíricos a posteriori desembocan en el error²⁵².

Habermas por lo tanto, enfoca su objeción en este sentido, indicando la diferencia deontológica de los principios y la teleológica que corresponde a los valores, destacando que la “validez deontológica” posee un carácter binario, obligatorio de aplicación y de

²⁴⁹ Sieckmann, op cit. 72.

²⁵⁰ Alexy, “tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, Universidad Externado de Colombia, pág. 109 Bogotá 2003.

²⁵¹ Max Scheler, “Relaciones de los valores bueno y malo con los restantes valores y con los bienes”, “Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX”, Alianza Editorial pág. 125 Madrid 2002.

²⁵² Kant, op cit. 89.

consideración, mientras que a nivel de los valores la opción sería la función de lo “más recomendable”, lo cual presenta problemas de legitimidad, en el orden de la irracionalidad a la que se vería abocado el juzgador de preferir tal o cual valor²⁵³ en un orden de análisis “costo - beneficio”, indicando que:

“las normas que vienen al caso y las normas que, aun habiendo sido candidatas a ello, no son de aplicación en el caso de que se trate, no se comportan entre sí como valores en competencia que, como mandatos de optimización, hubieran de cumplirse en medida diversa en cada caso, sino como normas adecuadas e inadecuadas. Y adecuación significa aquí validez de un juicio singular deducido a partir de una norma válida, que es que satura a la norma correspondiente”²⁵⁴.

2.6 Opinión al respecto y la caracterización de los principios como mandatos a concretar.

De las tres posturas resumidas, se puede deducir, objeciones al planteamiento de Alexy, las cuales permiten conjeturar, que la adopción dogmática de un criterio no es la más recomendable²⁵⁵ aunque sea notoria su valía y utilidad, motivo por el cual, las críticas nos permitirán obtener un mejor panorama al respecto, y permitirnos plantear una opinión.

Efectivamente, en nuestro medio la existencia u operatividad de los principios ya no se cuestiona seriamente. Aquellos, constituyen el eje vertebral, sobre los cuales se postula como meta el anhelo de coherencia sistémica, legitimidad y perenne construcción de un derecho que no puede considerarse como estático. Sin embargo, para fundamentar este

²⁵³ Véase al respecto Carl Schmitt “La tiranía de los valores”, Hydra, pág. 92 y 93, Buenos Aires 2010.

²⁵⁴ Habermas op cit. 334

²⁵⁵ Véase por ejemplo la Sentencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana 1-09

resultado, nos tendríamos que remitir inmediatamente a la pregunta del ¿Qué debemos entender por principio?

Un principio en el orden de lo jurídico, sería una estructura que esquematizaría un régimen de idealidad o perfectibilidad²⁵⁶ prima facie, y por ende, sustraído de condicionamientos empíricos que reduzcan su espectro de aplicación. Lo que a su vez permitiría que sean concebidos como fuente creadora y criterio de legitimación, al servir como razón práctica²⁵⁷ para juzgar ciertos estados de cosas y consecuencias jurídicas categóricas, con las materialmente existentes.

Por ejemplo:

Principio configurado en una disposición jurídica.

- Art. 66 # 6: El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

Régimen de idealidad categórico, libre de condicionamientos empíricos y razón práctica de juzgamiento.

- Cualquier persona, y en cualquier circunstancia (espacio - tiempo) tiene derecho a expresar cualquier opinión o expresión.

Esta opinión sobre los principios que expongo, correlaciona los criterios y objeciones antes expuestos, amalgamándolos en sus puntos fuertes, por un lado el criterio estructural diferenciador de Atienza y Ruiz Manero y por el otro el sustento en la idealidad en que se basan los postulados de Alexy y Sieckmann.

²⁵⁶ Immanuel Kant, "Crítica de la Razón Pura", Ediciones Orbis S. A, pág. 386, Barcelona 1985.

²⁵⁷ "Así pues, la primera cuestión aquí consiste en averiguar si la razón pura se basta por sí sola para determinar a la voluntad o si sólo en cuanto que la razón se halle empíricamente condicionada puede oficiar como fundamento para determinar dicha voluntad" Immanuel Kant, Crítica de la razón práctica, Madrid, Alianza Editorial, 2004, pág. 69 y 70.

En Alexy, la distinción entre principios y reglas, se basa en una propiedad que representan los principios, en cuanto es posible buscar una optimización lo más perfectible, respecto al régimen de idealidad positivado, lo cual ciertamente, presupone un avance respecto a la concepción de Dworkin, pero a mi criterio no permite diferenciar y determinar con claridad ni estructural ni tipológicamente los principios, como si lo distinguen Atienza y Ruiz Manero, motivo por el cual su concepción se encuentra vinculada a una propiedad de los principios, lo cual podría relativizar su operatividad en el razonamiento jurídico como efectivamente se desprende, por ejemplo, de una incorrecta utilización de su criterio en la Sentencia 2 – 09 de la Corte Constitucional Ecuatoriana²⁵⁸

Por ello, la distinción estructural y tipológica de Atienza y Ruiz Manero, presenta una aportación sustancial, ya que permite distinguir claramente entre lo que es un principio y lo que es una regla. A su vez, la distinción entre los tipos de principios en “institucionales, directrices y en sentido estricto”, posibilita que se pueda determinar la operatividad de los distintos principios en el razonamiento jurídico con mayor claridad.

Pienso, sin embargo, que la objeción realizada a Alexy, en cuanto a la imposibilidad de optimización referente a los principios en sentido estricto, restringe la categorización de idealidad de los principios, por cuanto la optimización deberá efectuarse en cuanto se materializa las condiciones de aplicación en la regla construida a partir de los principios y no

²⁵⁸ El constitucionalismo tradicional era, sobre todo, una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como método.²⁵ Aquél contenido material del constitucionalismo, encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, los mismos que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. Así, dentro de una adecuada interpretación constitucional, las reglas deben ser interpretadas siempre a la luz de los principios y valores previstos en la Constitución. Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura (normas téticas), torna necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de Derecho. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por ese motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales” <http://www.conadis.gob.ec/docs/sentenciaimportacionvehiculos.pdf>, pág. 32 y 33

en cuanto a la consecuencia jurídica que se impone en la ponderación, que como bien lo señalan, no es posible optimizar, como podría inferirse de la postura de Alexy.

Por lo tanto, la optimización si tiene lugar en los principios en sentido estricto, aunque tenga mayor practicidad en los principios que formulan un “estado de cosas” a realizar o “directrices”, ya que dado lo contrario los principios en sentido estricto no se diferenciarían mayormente de las reglas, principalmente porque en la aplicación invalidaría el principio contrario anulando una posible legítima “posición jurídica” e inobservando la necesaria “concordancia práctica”²⁵⁹ que debe existir.

Habermas y Ferrajoli²⁶⁰ que también han sido citados frecuentemente en nuestro país, inobservan de igual forma, aunque refiriéndose a cualquier tipo de principios el régimen de idealidad, y los conciben como estructuras de aplicación del “todo o nada”²⁶¹, criticando severamente la ponderación como medio de aplicación de los principios, motivo por el cual, son entendidos como proposiciones normativas en su aplicación.

2.6.1 Principios como mandatos a concretar²⁶².

Cuando en la introducción a este trabajo se sostuvo que los derechos son artificios que representan aquellos espacios vitales, que los seres en una “posición original” consideran como valiosos para poder construir adecuadamente su libertad, esquematizándolos en un régimen de idealidad, lo que se quiso señalar es la capacidad que los mismos tienen para constituirse en fuente creadora (mandato a concretar) y criterio de legitimación, al servir

²⁵⁹ Konrad Hesse, “Escritos de derecho Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 45 y 46, Madrid 1992.

²⁶⁰ Luigi Ferrajoli, “Democracia y Garantismo”, pág. 30 y 31.

²⁶¹ Al respecto de esta crítica, Juan Ruiz Manero, “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico” en “Para una teoría Postpositivista del derecho” pág. 169.

²⁶² Ricardo Guastini, Teoría e ideología de la Interpretación Constitucional, Madrid, Editorial Trotta, 2012, pág. 78 – 80.

como razón práctica para juzgar ciertos estados de cosas y consecuencias jurídicas categóricas, con las materialmente existentes (mandato a optimizar)²⁶³.

Y para que ello proceda, los derechos deben estructurarse principalmente en forma de principio como estructuras categórico – formales, esto es, incondicionados ó mejor dicho abiertos a condicionamientos, los cuales son susceptibles a posteriori de ser saturados, a través de la creación de una “red de reglas”²⁶⁴ o estados de cosas, que conformarán el contenido de aquel principio.

Es decir que a priori los principios al representar formas ideales, son estructuras carentes de contenido material, y que sirven de presupuesto justamente para transformar la realidad, exigiendo a partir de su constatación con determinados presupuestos fácticos que se establezcan para cada caso particular, la necesidad de su concreción en base a una regla constituida para el efecto²⁶⁵

Deber ser y ser, no son por este motivo espacios separados por un abismo, son presupuestos concomitantes en la permanente construcción y reconstrucción del contenido de los derechos fundamentales, encontrando en el carácter estructural y de “instituto”²⁶⁶ de los principios el “puente apropiado”²⁶⁷ que conecte en la medida de las posibilidades a través de un mandato a concretar y a optimizar, reglas que medien entre los dos polos. Sólo así entendidos y

²⁶³ En el mismo sentido, Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, op cit. 14.

²⁶⁴ “Por medio de las ponderaciones de la jurisprudencia y las propuestas de ponderación de la ciencia de los derechos fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo, una red de reglas concretas adscritas a las distintas disposiciones de derecho fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática.” Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op cit. 145.

²⁶⁵ “Los derechos fundamentales sólo son institutos cuando pueden ser ejercidos de facto por sus titulares (transformación del hecho en norma), cuando son “regla. Los derechos fundamentales sólo son institutos cuando conducen a una conducta individual duradera. Los derechos fundamentales sólo son institutos cuando son “instituidos” en la realidad social por medio de complejos normativos (una “malla normativa”) que los conforman y limitan y cuando existen permanentemente en dicha realidad social, de modo que pueden ser “hallados” como algo preexistente por la libertad individual con su contenido obligatorio. Los derechos fundamentales son sólo institutos cuando su deber ser es al mismo tiempo ser” Peter Haberle, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, op cit. 121 y 122.

²⁶⁶ Peter Haberle, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, op cit. 200.

²⁶⁷ Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, op cit. 119.

configurados los derechos fundamentales pueden cumplir su cometido y servir como medios de negación de regímenes de causalidad natural – fatal.

Las reglas, a través del mandato a concretar, y la función de irradiación²⁶⁸ impuesto a las funciones del Estado (Art. 11# 8 párrafo 1), no pueden en consecuencia tener cualquier contenido, serán viables en cuanto se enmarquen en el espectro ideal exigido por el principio que contiene el derecho fundamental y por la “fórmula política” como ya se manifestó, viabilizando la consecución de un Estado como constitucional.

Haberle, explica esta posición desde el carácter institucional de los derechos fundamentales al señalar que:

“Se trata, más bien, de complejos normativos que conforman los correspondientes ámbitos vitales o la libertad protegida por los derechos fundamentales. Puesto que “las ordenaciones objetivas” protegidas con los derechos fundamentales, puesto que los derechos fundamentales “como institutos” están caracterizados por una pluralidad de complejos normativos, se necesita un órgano que cree estos complejos normativos”²⁶⁹

Es por ello, que según la óptica de Haberle a la cual me adhiero, el legislador²⁷⁰ y en nuestro modelo hacia el resto de funciones del Estado (Art, 11#8 párrafo1), poseen como mandato el deber de precisar materialmente el contenido correspondiente a cada derecho fundamental a partir de la conformación de un tejido normativo y de estados de cosas que se puedan adscribir a los mismos²⁷¹.

²⁶⁸ Sentencia BVerfGE 52, 214 [Protección frente a diligencia de ejecución], Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 142; Sentencia BVerfGE 32, 98 [Negativa a prestar auxilio por motivos religiosos], Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 165.

²⁶⁹ Peter Haberle, La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales, op cit. 153.

²⁷⁰ Peter Haberle, La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales, op cit. 169 y 170.

²⁷¹ Tomando la expresión de “norma adscrita” de Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales op cit. 76 -79.

Un mandato a concretar, es por ende una obligación o deber “institucional” inherente a las funciones del Estado (Constitución 2008) según el marco de sus competencias²⁷², destinada a la realización material de un derecho fundamental estructurado en forma de principio, a fin de dotarle de un contenido concordante al espectro del ideal positivado por el constituyente y la “fórmula política” que delinee.

Así entendido, el contenido de los derechos fundamentales no se presenta como dividido en un núcleo y una parte periférica, sino como un “todo” compuesto por múltiples posiciones jurídicas adscritas – definitivas por estar estructuradas en forma de regla, lo que no quiere decir que a futuro se consideren como “inderrotables”, frente a razones mayores en juego y en consecuencia se estatice el contenido.

Coincido también con Laporta²⁷³, que por medio de las reglas se consigue además seguridad en las relaciones jurídicas, ya que principalmente los jueces inferiores y la administración pública, reducirán ampliamente su margen de discreción y los juegos retóricos basados en un mal comprendido “neoconstitucionalismo” que han llevado a nuestros jueces a poder no justificar, sino decir lo que sea.

2.2.6.1 Operatividad del mandato a concretar, iterabilidad como presupuesto.

La característica de idealidad inherente a los principios, que con acierto expone Sieckmann, fundamenta la posibilidad de que a partir de formas primarias incondicionadas, se pueda

²⁷² “Para definir la posición institucional de cualquier autoridad jurídica hay que tomar en consideración cuales son sus poderes (qué le es posible hacer) y cuáles son sus deberes (qué les está permitido hacer). Partiendo de esta idea, puede decirse que a todas las autoridades jurídicas les es posible y les está permitido hacer determinaciones positivas del contenido del orden jurídico...” Josep Aguiló Regla, Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Barcelona, Ariel Derecho, 2000, pág. 85.

²⁷³ “Un status jurídico es judicialmente impredecible cuando no podemos saber de antemano que será de los derechos y deberes de ese status en caso de que sean cuestionados y llevados ante la jurisdicción para que ésta se pronuncie sobre ellos. Daré por supuesto que la judicatura como cuerpos profesionales del derecho adopta una actitud de clara deferencia hacia las normas del ordenamiento, es decir, que los jueces rechazan embarcarse en aventuras creativas o poses justicieras...”

iterar infinitamente “mandatos de validez”, consecuencia de la creación de una o varias reglas resultado del otorgamiento de una respuesta a una problemática concreta o abstracta de la sociedad²⁷⁴, mediando entre el principio y la regla como consecuencia un nexo de implicación iterativa

La validez inicial y no definitiva de un principio sustenta precisamente, la capacidad de ésta estructuración para soportar un número infinito pretensiones igualmente válidas²⁷⁵ *prima facie*, las cuales serán fundamento o no para la realización de una cierta consecuencia jurídica (regla) o un estado de cosas (política pública), dependiendo si existen o no, otro u otros principios que jueguen en sentido contrario.

Esta realización, presupone una concreción del principio a través de la inclusión de un supuesto de hecho específico, estructurándolo posteriormente en forma de regla o política pública utilitaria para el caso concreto (Jueces- Administración Pública), ó una ajustada a cierta problemática social (Legislador – Administración Pública). La regla o política pública generada se regirá por el “principio de universalidad”²⁷⁶, teniendo validez definitiva, pero siendo sustentable esta cualidad solo a través del “principio de inercia”.²⁷⁷

Por ejemplo en el caso de un principio que contiene una consecuencia jurídica como la libertad de expresión:

- Art. 66 # 6: El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.
- Cualquier persona, y en cualquier circunstancia (espacio - tiempo) tiene derecho a expresar cualquier opinión o expresión.

²⁷⁴ Jan Sieckmann, El modelo de los principios del derecho, op cit. 31 y 32.

²⁷⁵ Jan Sieckmann, El modelo de los principios del derecho, op cit 37 y 38.

²⁷⁶ Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, op cit. 275.

²⁷⁷ Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, op cit. 263.

- **Circunstancia 1:** X, ha expresado verbalmente en el aula de clases su desacuerdo por el lugar de paseo aceptado por la mayoría.
- **Circunstancia 2:** X, ha expresado verbalmente por medio de **insultos** en el aula de clases su desacuerdo por el lugar de paseo aceptado por la mayoría.
- **Circunstancia 3:** X, ha expresado su desacuerdo por el lugar de paseo aceptado por la mayoría, saliendo abruptamente del aula de clases.

Como se puede observar a partir del ejemplo, todas las circunstancias son igualmente válidas a priori y pueden enmarcarse dentro del espectro conformativo al ideal del principio que consagra el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, la creación de tal o cual regla dependerá de las circunstancias, que vendrán a conformar el supuesto de hecho de la regla a concretar

En las circunstancias 1 y 3, al constituir las expresiones de X negativas tolerables, el supuesto de hecho podrá estructurarse de forma similar. No obstante, en la circunstancia 2 y al entrar en juego el derecho al honor de otros participantes, la concreción del principio en la marginación del supuesto de hecho que tiene en cuenta además dos o más principios será más compleja y distinta a la regla de la circunstancia 1 y 2.

Por lo tanto, podemos señalar que el carácter incondicionado de los principios, es lo que justamente no solo determina sino que exige la realización de cierto contenido atendiendo a las variables pertinentes. El deber ser impone a los titulares de los órganos respectivos, no la recepción y descripción de un contenido, sino su creación ajustada a problemas existentes.

Esta “red de reglas” que conforman el contenido material de un principio es presupuesto para que a futuro como señala Laura Clérico²⁷⁸ y Robert Alexy²⁷⁹ sirvan de precedente para

²⁷⁸Laura Clérico, Hacia un modelo de la Ponderación orientado por las reglas para la solución de conflictos, en el libro Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pág. 272 -285; Jan Sieckmann El Modelo de los Principios del Derecho, op cit. 168 y 169.

casos futuros, inhabilitando la necesidad de recurrir a la realización de excesivas ponderaciones.

La iterabilidad, como presupuesto de construcción del contenido de los derechos demuestra, que estructurar ciertas disposiciones jurídicas de ésta manera, condiciona a futuro de manera notable el actuar de los órganos del Estado.

2.2.6.2 ¿Pero cómo operan los principios en el razonamiento jurídico?

Como se ha señalado, el ideal de perfectibilidad y la carencia de supuestos empíricos condicionantes, predetermina, que los principios jurídicos no puedan ser utilizados como señala Sieckmann como proposiciones normativas, sino como razones dentro de un proceso argumentativo las cuales precisan una ponderación, al igual que lo esquematiza Alexy, Atienza y Ruiz Manero.

Los principios, por lo tanto, serían *prima facie* ilimitadamente válidos respecto de cualquier pretensión y por ello como lo señala Alchurrón “condicionalmente derrotables” frente a una razón mayor que juegue en sentido contrario, constituyéndose en “razones contribuyentes”²⁸⁰ de un resultado expresado en una regla.

La consideración de los juristas mencionados, guarda una estrecha utilidad en nuestro país, ya que la tendencia de aplicar los principios en el razonamiento jurídico, es tratarlos como razones últimas, que en definitiva eliminan posiciones jurídicas, en las que posiblemente existe un mayor peso.

Por lo tanto, para que el método de construcción del contenido de los derechos opere de manera concordante a lo dispuesto en el primer párrafo del Art. 11 # 8 de la Constitución

²⁷⁹ Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, op cit. 75.

²⁸⁰ Carlos Alchurrón, “Fundamentos para una Teoría General de los derechos” Marcial Pons, pág. 133, Madrid 2010.

de la República será preciso atender estas consideraciones y a la “fuente” de la cual proceden.

3. Método de Construcción (Normas, Jurisprudencia y Políticas Públicas).

El método constructivista de dotación del contenido de los derechos que nos presenta la Constitución, presupone como se ha señalado una aportación articulada de las diversas funciones del Estado. Esta adopción, implica concebir no solo a la máxima autoridad política (legislador), o a la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁸¹ como la o las únicas llamadas a precisar el contenido de los derechos, lo que indudablemente tiene un notable impacto en cuanto a la realización de un Estado como Constitucional.

Efectivamente, y como lo señala Prieto “Decidir cuáles son las fuentes del Derecho equivale a decidir quién y cómo manda”²⁸², por ello, a mi parecer que el Constituyente Ecuatoriano haya previsto la adopción de éste método equivale a sustentar un cambio en lo que por el modelo estándar de “fuentes” del Derecho se considere²⁸³, en cuanto ya no existe una función del estado con la exclusiva “competencia formal y material”²⁸⁴ para decidir qué es y no es parte del contenido de un derecho fundamental.

Así, y por las condiciones de este trabajo desarrollaré de manera breve cada fuente, ya que consideradas en sí mismas por su extensión cada una requeriría un trabajo aparte.

3.1 Normas.

La primera mención, es alusiva a las normas como medio de dación de contenido. Sin embargo, la misma requiere una determinación más precisa, a fin de no caer en el equívoco

²⁸¹ Klaus Stern, *Jurisdicción Constitucional y Legislador*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009, pág. 37 y 41 – 44.

²⁸² Prieto Sanchis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, pág. 159.

²⁸³ Aunque exista la admirable contradicción en cuanto al orden jerárquico propuesto en el Art. 425 de la propia Constitución.

²⁸⁴ Josep Aguiló *Teoría General de las Fuentes del Derecho*, op cit. 79

técnico positivado por el Constituyente, ya que si nos atenemos a este postulado, en primer lugar sería redundante atribuir también a la jurisprudencia la facultad de otorgamiento de contenido, ya que la regla jurisprudencial contiene en sí misma una norma; y en segundo lugar se entendería de un modo tan amplio la adscripción de contenido por las funciones del Estado, que prácticamente haría inviable esta disposición de la Constitución, ya que todas las funciones y en todo momento²⁸⁵ generan normas a través de los distintos tipos de actos que pueden emanar del ejercicio de sus competencias (normativos, jurisdiccionales, administrativos, etc.)

Así entendido, se diluye la fundamentalidad de contenido, ya que si bien todas las funciones participan de la dotación de contenido, no serán todos los órganos, ni todas las normas que de ellos emanen las destinadas a concretar los principios que contienen derechos fundamentales, por ello, es válido considerar aunque sea muy sucintamente la amplitud de lo que se entiende por norma a fin de poder preguntarnos ¿qué debemos entender por norma en el contexto del Art. 11 # 8 de la Constitución?

Precisamente, la amplitud sobre lo que debe entenderse por norma, nos puede llevar a caminos bastante complejos, por ello y en este sentido me parece procedente lo expuesto al respecto por García de Enterría, quién revela con acierto la imprecisión frecuente de atribuir a la categoría normativa “ley” de forma unívoca la “referencia a toda norma jurídica”²⁸⁶.

Sin embargo, para establecer y tratar adecuadamente la diferencia realizada por García de Enterría, primero es procedente analizar aunque sea de forma sucinta acerca del concepto de norma.

²⁸⁵ Kelsen por ejemplo, señala la amplitud de la noción “norma jurídica” al señalar “El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automobilista detenerse crea una norma jurídica individual” Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, op cit, 48.

²⁸⁶ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*, Madrid, Editorial Civitas, Reimpresión 1998, pág. 103.

3.1.2 Una breve consideración sobre la amplitud del concepto de norma.

Si bien no existe unanimidad entre los juristas sobre ciertos aspectos en la “teoría de las normas”²⁸⁷ sobre todo en lo relacionado con el ámbito de validez²⁸⁸ que deben replicar, en lo que si concuerdan es en el estrecho vínculo, entre el lenguaje y su caracterización. Alchurrón por ejemplo, las caracteriza como:

“significados de expresiones lingüísticas usadas para prescribir, es decir, para calificarlas como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas...”²⁸⁹

De esta manera, destaca Alchurrón²⁹⁰ la función de las normas para servir a través de enunciados lingüísticos prescriptivos²⁹¹, como medios de dirección y regulación primordialmente de la conducta de aquellos sujetos a los que va dirigida. Pero no solamente el concepto de norma deducido por Alchurrón prefiga su funcionalidad, va notoriamente más allá.

Una norma, en el sentido caracterizado, es el resultado primario de una interpretación, la cual presupone establecer una digresión entre “enunciado lingüístico”, su estructura y la norma como tal²⁹². El enunciado lingüístico es generalmente calificado en el uso corriente

²⁸⁷ Al respecto, Hans Kelsen Teoría Pura del Derecho, op cit. 43 – 53; H.L.A Hart, El Concepto del Derecho, op cit. 33 –61; Alf Ross, Sobre el Derecho y la Justicia, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, pág. 29 – 34; Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del derecho op cit. 63 – 95; Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, op cit 31 – 62; Carlos Alchurrón, Fundamentos para una teoría general de los derechos, op cit. 92 – 127, Manuel Atienza y Ruiz Manero, Las Piezas del Derecho; Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, op cit. 242 – 260; Prieto Sanchís, Apuntes sobre Teoría del Derecho, op cit. 41 – 52; Norberto Bobbio, Teoría General del Derecho, op cit.3-17

²⁸⁸ Carlos Santiago Nino, La Validez del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003; Georg Von Wright, ¿Hay una lógica de las normas?, Revista Doxa N 26 - 2003, Universidad de Alicante, páginas 31 – 52.

²⁸⁹ Carlos Alchurrón y Eugenio Bulygin, Norma Jurídica, en El Derecho y la Justicia, op cit. 134.

²⁹⁰ Carlos Alchurrón, da como concepto de norma una formulación que parece contraponerse a la usada en cuanto manifiesta “Llamemos normas a los enunciados (es decir, a las expresiones lingüísticas) que correlacionan casos con soluciones” Introducción a la Metodología de las Ciencias Sociales.

²⁹¹ “Por proposición entendemos un conjunto de palabras que tienen un significado ente sí, es decir, en su conjunto” Norberto Bobbio, Teoría General del Derecho, op cit. 43.

²⁹² Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op cit. 34 y 35; Manuel Atienza y Ruiz Manero, Las Piezas del Derecho, op cit. 6 y ss.

como la norma en sí misma, sobre todo si en el contexto se hallan expresiones indicativas como “no”, “se prohíbe”, etc.

Este enunciado lingüístico, es descrito por Alexy, como “una entidad semántica”, la cual contiene la ordenación de las propiedades relevantes en el ámbito fáctico, (la que puede estar sujeta a condiciones de verdad o falsedad) determinadas por su correspondencia a una cierta modalidad deontológica (mandato, prohibición), lo que sería la norma en sí misma (sujeta a condiciones de corrección).

Se diferencian así dos momentos, la “entidad semántica” que es el resultado institucional positivado generalmente por el legislador, y el resultado de la interpretación²⁹³ o la norma que expresa a través de las propiedades relevantes el tipo de conducta a adoptar, o el estado de cosas a perseguir.

Ahora bien, en cuanto a la estructura, Atienza y Ruiz Manero, han llamado a éstas “entidades semánticas” de mandato reglas y principios “de acción”, en las cuales existe una consecuencia jurídica (norma), no obstante, en las reglas, las normas constituirían “razones perentorias y excluyentes para la acción”²⁹⁴, mientras que los principios como se ha mencionado la consecuencia jurídica estaría sujeta a condiciones de derrotabilidad y por ende contendrían normas “prima facie” de aplicación.

En cuanto, a las normas que estructuralmente sea en forma de regla o principio persiguen la realización de un estado de cosas o un fin, el operador deontológico no busca dirigir de tal o cual manera una conducta, sino obtenerla, siendo concomitante como señala Atienza

²⁹³ Prieto Sanchís, Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho, op cit. 170.

²⁹⁴ Manuel Atienza y Ruiz Manero, Las Piezas del Derecho, op cit. 12; y Manuel Atienza El Derecho como Argumentación, Barcelona, Editorial Ariel, 2007, pág. 211.

y Ruiz Manero el “margen de discreción”²⁹⁵ que poseen los operadores para escoger los medios tendientes a la consecución de un cierto estado de cosas.

Las normas, sin embargo, no solo imponen deberes u obligaciones, a través de la prescripción de cierta conducta o de forma similar a la consecución de un estado de cosas o un fin determinado como lo señala y constituye el gran aporte de Hart²⁹⁶, existen además normas que confieren “potestades jurídicas”, es decir, que otorgan una competencia para concretar un cierto resultado institucional.

Alf Ross, señala que en el fondo las normas de competencia no difieren mayormente de las normas de conducta ya que sólo se encontrarían “indirectamente expresadas”²⁹⁷, prescribiendo el actuar de los órganos a los que va dirigida, lo cual es correcto, empero de aquello, como señala Atienza y Ruiz Manero una cosa es “conferir un poder (normativo) y otra cosa es regular (como facultativo, obligatorio o prohibido) el ejercicio de ese poder”²⁹⁸.

Es por este motivo, que la consecuencia jurídica no se refiere ni puede referir directamente a una modalidad deóntica, sino que se conecta estructuralmente a la configuración de un cierto “resultado institucional”, si previamente se ha dado un estado de cosas y el sujeto con el poder o competencia ha realizado la acción prevista para su ejecución, pudiendo ejemplificarse a través de la disposición constante en el Art. 164 de la Constitución del 2008.

Ahora bien, esto en cuanto a las normas regulativas (de mandato), y las normas de poder o competencia. Adicionan, además estos juristas (Atienza y Ruiz Manero) las llamadas por ello “normas puramente constitutivas”, es decir, aquellas que “correlacionan la producción

²⁹⁵ Manuel Atienza y Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, op cit. 8

²⁹⁶ H.L.A. Hart, *El Concepto del Derecho*, op cit. 33.

²⁹⁷ Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op cit. 32 y 33.

²⁹⁸ Manuel Atienza y Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, op cit. 61.

de cambios normativos con meros estados de cosas – y no con acciones -”²⁹⁹, o que en cierta medida pueden ser determinados por acciones, un ejemplo de aquellas sería lo dispuesto en el Art. 62.1 de nuestra Constitución.

“El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años.”

En donde se observa, que el haber llegado a la mayoría de edad (hecho natural) produce un resultado institucional (capacidad de votar), que obliga (operador deóntico indirecto) al sujeto a la realización de otro hecho institucional (sufragar).

De igual forma, existen normas que contienen permisiones, es decir, que operan expresando en el sujeto receptor no una determinada obligación o prohibición de cierta conducta a adoptar, sino una posibilidad de acogimiento, la cual puede conllevar a la realización de un estado de cosas o de un resultado institucional, así por ejemplo nuestra Constitución señala en el Art. 62.2:

“El voto será facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, las mayores de sesenta y cinco años.....”

No existe por lo tanto en las normas de permiso, una determinada obligación o prohibición, sino una facultad de actuación que puede o no llegar a producir un resultado institucional.

Así observamos sucintamente, que el espectro de lo que debe entenderse por norma es variado y amplio, lo que implica que la mayor parte de los actos que emanen de las funciones del Estado de una u otra manera generen normas, y estén sustentadas en función a ellas, por lo que debemos considerar desde otra perspectiva lo positivado por el Constituyente Ecuatoriano en esta disposición en cuanto se refiere a “normas”.

²⁹⁹ Manuel Atienza y Ruiz Mañero, *Las Piezas del Derecho*, op cit. 68..

3.1.3 ¿Qué debemos entender por norma en el contexto del Art. 11 # 8 de la Constitución?

Una vez que hemos realizado un breve análisis sobre el concepto de norma, observamos como la confusión entre norma y ley, no puede en la práctica tener lugar, por lo que habrá que plantearse su razón de ser en función a la finalidad o como diría García de Enterría, a lo que quiso decir el Constituyente del 2008.

Precisamente, en primer lugar al legislador por su naturaleza política, se le encomendó la tarea de concretar los derechos fundamentales a través de “reservas de ley”, representando de forma inicial una defensa directa en contra de posibles injerencias del ejecutivo.

En el modelo alemán como se manifestó en el primer capítulo, el legislador está supeditado a una variedad de reservas expresas descritas en la Ley Fundamental de Bonn a fin de poder limitar o configurar los derechos fundamentales; y aquellos derechos que se encuentran garantizados sin reserva, el Tribunal Federal por medio de sus sentencias, se ha encargado de ampliar la posibilidad a fin de que el legislador pueda también regularlos, sobre la base del principio de proporcionalidad y de la “teoría de la esencialidad”³⁰⁰, que es recurrente sobre todo a la distinción entre reserva absoluta y relativa en el caso español, pero también aunque en menor medida a la característica material de la ley orgánica.³⁰¹

³⁰⁰ “La doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal, de que el legislador debe tomar directamente las decisiones esenciales en las esferas normativas fundamentales (teoría de la esencialidad, véase por ejemplo, BVerfGE [126 y ss.] con más referencias), se aplica para la relación entre el Estado y los ciudadanos. Para el caso de intervenciones en la esfera de las libertades fundamentales el Estado se somete a la reserva de ley. En muchos ámbitos él puede actuar sólo cuando ha sido autorizado mediante una ley expedida por el Parlamento. La convergencia de ese principio la ha determinado la jurisprudencia con base en la teoría de la esencialidad.” **Sentencia BVerfGE 84, 212 [Cierre patronal - Aussperrung] Resolución de la Primera Sala del 26 de junio de 1991 – 1 BvR 779/85**– Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 305

³⁰¹ “Del principio del Estado de Derecho (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental) se deriva el principio de la reserva de ley. Éste tiene la función de salvaguardar la libertad y la igualdad de los ciudadanos, garantizadas constitucionalmente. La exigencia de un fundamento legal para la atribución de facultades debe asegurar igualmente que sea el legislador quien tome las decisiones fundamentales que inciden en el ámbito de la libertad y la igualdad de los ciudadanos.” **Sentencia de la Segunda Sala, del 19 de abril, 1978 –2 BvL 2/75–, Sentencia BVerfGE 48, 210 [Exención de ingresos provenientes del extranjero]**, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 485

En España por inspiración de la Constitución Francesa, se distinguió entre reserva de ley orgánica y ordinaria, reservando la orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, atendiendo al criterio material como competencia “*ratione materiae*” funcional al legislador.

El Constituyente Ecuatoriano, también a positivado la garantía de la “reserva de ley” en la Constitución del 2008, a través de la distinción efectuada entre ley orgánica y ordinaria. Sin embargo y respecto de lo que compete a este trabajo, como se puede apreciar de la literalidad de los Artículos 132 numeral 1, y 133 numeral 2 respectivamente de la Constitución, ambas reservas están confiadas a la regulación de los derechos y garantías fundamentales.

Es decir, que a priori la inferencia que se concluye es que la distinción real que quiso hacer el constituyente, es la relativa al plano formal cuando precisa en el último párrafo del Art. 133 y jerarquiza en el Art. 425, indicando que las leyes orgánicas prevalecen sobre las ordinarias. Esta prevalencia formal, sería adscrita no en base a las materias objeto de regulación, sino a la utilización de un procedimiento reforzado de tramitación, que abre la puerta como ha criticado la doctrina Española, al juego ocasional de las mayorías parlamentarias, tendiendo a petrificar a futuro el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la problemática no sólo se especifica en la Constitución, sino que se agudiza aún más en lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, ya que ante la omisión de regular el trámite de aprobación legislativa de las leyes ordinarias en la Constitución, el legislador ha previsto, que el mismo procedimiento lo tengan tanto las leyes orgánicas como las ordinarias³⁰².

³⁰² Art. 53 párrafo penúltimo y último, Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Así las cosas, la única diferencia entre ley (orgánica y ordinaria) estribaría en el orden jerárquico, y no en cuanto al procedimiento reforzado, no aproximándonos tampoco a un modelo de reserva de ley como el alemán; ya que en la Ley Fundamental de Bonn no existen jerarquías entre las reservas de ley, estando referidas en su mayor parte expresamente, y dictando el Tribunal Federal Alemán desde sus primeras sentencias (caso Elfes) una jurisprudencia que se ha consolidada con el tiempo entorno a los límites y facultades del legislador al regular el desarrollo de los derechos fundamentales³⁰³.

En realidad como se expuso en el acápite sobre las normas, la asignación de contenido de los derechos fundamentales no lo realizan todos los órganos de las funciones del Estado, ni todos los procedimientos serán los adecuados, y actos jurídicos que de ellos emanen serán conformadores, por ello, comparto el criterio de Claudia Storini³⁰⁴ en cuanto debemos atender a la función teleológica de la garantía (criterio material), sobre todo cuando en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, ni siquiera se distingue un procedimiento de aprobación distinto para cada ley.

La conformación del contenido de los derechos fundamentales por parte del legislador, tendrá lugar solamente, a través de la reserva de ley orgánica entendida esta en su real

³⁰³ Sin embargo, al respecto es preciso tener en cuenta que con la Ley Fundamental el Poder Legislativo se encuentra mucho más limitado de lo que estaba durante la vigencia de la Constitución Imperial de 1919. En esa época no sólo numerosos derechos fundamentales quedaban efectivamente sin contenido mediante la reserva de ley general, que se satisfacía con toda ley que fuese expedida de conformidad con la Constitución; en los casos individuales, el legislador también podía sortear los obstáculos constitucionales que en cualquier momento se le oponían, mediante la expedición de una ley que fuese aprobada con una mayoría igual a la que se requería para modificar la Constitución. La Ley Fundamental, en cambio, ha erigido un ordenamiento vinculado a valores, el cual establece límites al poder público. A través de ese orden se pretende asegurar la independencia, la autorresponsabilidad y la dignidad del ser humano dentro de la comunidad estatal (BVerfGE 2,1 [12 y ss.]; 5, 85 [204 y ss.]). Los más elevados principios de ese orden de valores se encuentran protegidos contra posibles modificaciones constitucionales (Arts. 1, 20,79, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Las violaciones a la Constitución (*Verfassungsdurchbrechungen*) se encuentran excluidas: la justicia constitucional vigila la sujeción del legislador a los criterios de la Constitución. Las leyes no son "constitucionales" por el hecho de haber sido expedidas en cumplimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento. También deben estar materialmente en consonancia tanto con los elevados valores fundamentales del ordenamiento fundamental liberal democrático, como con el orden de valores constitucionales, pero también deben satisfacer los principios constitucionales elementales no escritos, así como las directrices fundamentales de la Ley Fundamental, especialmente el principio del Estado de Derecho y el principio del Estado social. Ante todo, las leyes no deben violar el principio de la dignidad humana, que es el valor más importante de la ley fundamental, como tampoco podrán restringir la libertad espiritual, política y económica de los seres humanos, en modo tal que se vean afectados en su contenido esencial (Art. 19, párrafo 2, Art. 1, párrafo 3, Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 58 y 59.

³⁰⁴ "la sobreposición de las dos reservas podría solucionarse a través del análisis de la finalidad y naturaleza de la reserva de ley orgánica". Claudia Storini, Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, en el Libro La Nueva Constitución del Ecuador, pág. 291.

sentido material. Ahora bien, si debemos atenernos a la finalidad de la garantía, esto es, al ámbito material debemos preguntarnos ¿qué implicación tiene esta atribución?. El criterio referido (orden material) que debe regular una ley, implica por un lado la competencia del órgano, esto es:

“que se delega poder en una autoridad para que mediante la producción de determinados resultados institucionales que hemos llamado fuentes – acto (competencia formal), regule ciertas materias (competencia material). La competencia material de una autoridad viene determinada por el conjunto de materias que puede (le es posible en términos aléticos) regular”³⁰⁵

Y por otro lado, en base de la competencia se especifique como consecuencia una “regla de rechazo”, a las materias no pertenecientes, tomando con ello el criterio citado en el primer capítulo por el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia (STC 51/1981). Esta “regla de rechazo”, deberá ser especificada en el Caso Ecuatoriano a fin de regular el campo material de la ley orgánica atendiendo a dos circunstancias, que actuarían como limitaciones expresas hasta que la Corte Constitucional delimite otros supuestos de actuación y limitación del legislador sobre el tema.

La primera procedería en cuanto la Constitución explicita referencias inequívocas a la regulación mediante ley, como por ejemplo el caso del Art. 19, 48 #4, 52, 57 #7, 60, etc. Y En segundo lugar atendiendo, al grado de fundamentalidad o la manifestación del “peso abstracto” que posee el derecho en el marco de la Constitución (Art. 33, 44, etc.) y sobre todo respecto de la “fórmula política” (Art. 281 # 9, 11, 282, etc).

Sólo entendida desde la concepción material, la reserva de ley puede operar como acto conformador de los derechos fundamentales, entendiendo que “La legislación reservada es

³⁰⁵ Josep Aguiló Teoría General de las Fuentes del Derecho, op cit. 79

condición irrenunciable para la normatividad y la normalidad, para la validez de dichos derechos y de la Constitución en general”.³⁰⁶

3.2 Jurisprudencia.

Otra fuente de desarrollo del contenido de los derechos, asignado por el Constituyente se refiere a la jurisprudencia generada por la Corte Constitucional, Tribunal Contencioso Electoral, Corte Interamericana, y en menor medida por la Corte Nacional de Justicia. Y aunque la temática de la jurisprudencia a nivel europeo continental y latinoamericano nació de manera paradójica a través de la creación en Francia de un Tribunal de Casación, con la misión primigenia de imponer a los jueces inferiores el respeto por la literalidad de las disposiciones emanadas del legislativo³⁰⁷, en la actualidad, esta orientación está lejos de ser considerada una realidad.

En esta perspectiva, el ideal según el cual los jueces cumplen una labor predominantemente mecánica en la aplicación del derecho³⁰⁸, es decir, una actividad cognoscitiva de comparación descriptiva entre hechos y normas de las cuales se infiere una conclusión, no constituye más que un referente explicativo sobre la actividad de los jueces entendida desde la perspectiva del “positivismo ideológico y metodológico”. La aplicación y creación del derecho supondrán desde este punto de vista dos momentos escindidos (uno técnico y otro político), que se pueden entrecruzar en el mejor de los casos cuando exista una laguna³⁰⁹, y la analogía sea una imposibilidad³¹⁰.

³⁰⁶ Peter Habermas, La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales, op cit. 189.

³⁰⁷ Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, “El Carácter vinculante de la jurisprudencia”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pág. 89.

³⁰⁸ Gustavo Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, Editorial Trotta, pág. 131 y ss. Y Luis Prieto Sanchis, “Interpretación Jurídica y Creación judicial del derecho”, Editorial Temis, pág. 168 y ss.

³⁰⁹ Ricardo Guastini, Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional, op cit; Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho op cit; 363 – 373.

³¹⁰ Art. 18 # 7 del Código Civil Ecuatoriano.

Como reseñe en páginas anteriores, si consideramos que el paradigma epistemológico y consecuentemente el ontológico cambian a partir de una visión constructivista de la teoría del derecho, la labor de los jueces va a sufrir también variaciones. En este sentido, el razonamiento jurídico será distinto, lo cual dentro del caso atinente ya no podrá ser considerado como un simple razonamiento cognitivo deductivo, sino como un proceso racional y discursivo altamente complejo dentro del cual existe un juego valorativo de razones y contra razones dentro de un marco lógico que determina una creación (aunque de ningún modo total) sujeta a límites.

Ciertamente, como expone Prieto, “lo que hace que un juez y un tribunal sea un tribunal, no es su no creatividad y, por tanto, su pasividad en el plano sustancial, sino más bien su pasividad procesal...”³¹¹, aunada intrínsecamente a un proceso de motivación que avale consistentemente (saturación) el resultado conseguido.

Se constituye la argumentación jurídica³¹², sobre todo a nivel jurisdiccional, en una de las razones de ser limitativas de éste proceso constructivo (como punto de apoyo al control social), siendo uno de los factores como lo señala Atienza que destacan en la afirmación de un Estado como Constitucional³¹³, caracterizando en la medida de un uso adecuado de sus facultades a los máximos órganos de justicia en nuestro caso, también como productores.

El deber de motivación al que los órganos del poder público están circunscritos, es en modo funcional a los actos que de ellos emiten. La diferencia entre actos normativos generales, actos administrativos y actos jurisdiccionales, proporciona esta consonante ya que por su

³¹¹ Prieto Sanchís, Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho, op cit. 228.

³¹² “El desarrollo judicial del Derecho precisa una fundamentación llevada a cabo metódicamente si es que su resultado ha de justificarse como Derecho en el sentido del orden jurídico vigente. Precisa una justificación, porque sin ella los tribunales sólo habrían usurpado de hecho un poder que no les compete”, Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, op cit. 362.

³¹³ Manuel Atienza, El Derecho como Argumentación, op cit. 17

naturaleza no poseen la misma condición ni proceso de existencia, siendo evidentes las diferencias estructurales, así como las relativas a su tratamiento práctico.

Es así, como el deber de motivación tiene más peso o fuerza en el caso de sentencias o actos producidos por la administración, y menos peso en el caso de los órganos que poseen facultad legislativa en vista de que la producción del problema jurídico que sustenta la creación de normas está ligada al método tópico de interpretación, en consideración a la esencia política de éstos órganos.

Pero ¿por qué recurrir a la argumentación para la creación del derecho?. Ruiz Manero³¹⁴ es ilustrativo en este punto, ya que como él afirma la pérdida de certeza y predictibilidad en las relaciones jurídicas se da como consecuencia de la indeterminación estructural en la conformación de normas sea en forma de principios e inclusive la mayor parte de las reglas que no cuentan con “autonomía semántica”³¹⁵ y por ello ante esta problemática el Juez deberá recurrir a valoraciones³¹⁶ que le permitan escoger dentro de un marco más o menos amplio la solución adecuada para el caso, siendo concomitante a ello la necesidad expresa de justificar el por qué de la decisión dentro del marco de posibilidades.

En este orden de ideas, si la norma continente en una disposición no es un ente predeterminado del cual el juez solo extrae una conclusión única y obvia, sino que es labor de éste valorar y desentrañar el sentido de la misma justificando tal elección en el proceso

³¹⁴ Ruiz Manero, “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas” Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pág. 101 y ss.

³¹⁵ Ruiz Manero al respecto menciona “Pues bien, tal subsunción, sin necesidad de pasos argumentativos adicionales, es desde luego posible cuando las normas tienen forma de reglas que correlacionan un caso genérico, configurado mediante una combinación de propiedades descriptivas, con la obligación, prohibición o permisión de una acción caracterizada así mismo descriptivamente” Op cit. Pág. 102.

³¹⁶ Sobre los modelos de interpretación y sus correspondientes ambigüedades Ricardo Guastini “Teoría e ideología de la Interpretación Constitucional” Instituto de Investigaciones jurídicas – UNAM, pág. 35.

de creación del derecho como un elemento indispensable como lo señalaría Heck³¹⁷ en su momento.

Pero, ¿Podemos hablar, de que pueda existir un ordenamiento jurídico en el cual los máximos órganos de justicia en nuestro país elaboren reglas, sin que la igualdad, la justicia y por ende la seguridad jurídica se vean comprometidas?

3.2.1 ¿A partir de que valores y derechos se sustenta la creación del precedente en sede judicial?

Como el mismo Kelsen lo reconociera, “la jurisdicción tiene, por el contrario un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho.....”³¹⁸ Y por ello, despierta la consideración de que el mismo debe ser un “poder nulo” al disponer una persona de una gran cantidad de poder para decidir y sobre todo crear derecho, ya que es un órgano que existe a través de cientos de jueces repartidos en un territorio “titulares cada uno de ellos individualmente de poder judicial”³¹⁹, esta libertad de creación judicial del derecho entendida como un poder que en el caso Ecuatoriano se asienta preponderantemente en la Corte Constitucional y Tribunal Contencioso Electoral además de la Corte Nacional de Justicia en la medida en que intervengan en sus casos derechos fundamentales, tiende indefectiblemente a lesionar los valores rectores del ordenamiento jurídico como la justicia, así como los derechos de las personas a la igualdad política, formal y seguridad jurídica³²⁰.

³¹⁷ “el derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial. El derecho legal no consigue el poder autoritario que da el derecho su valor sino por medio de la sentencia del juez” Philipp Heck, “El problema de la creación del derecho”, Editorial Ariel, pág. 35.

³¹⁸ Hans Kelsen, “Teoría Pura del derecho”, Ediciones Coyoacan, pág. 152.

³¹⁹ Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, pág. 160.

³²⁰ Ignacio de Otto, “Derecho Constitucional Sistema de Fuentes”, Editorial Ariel, pág. 290.

Por ello, es indispensable como lo señala Víctor Ferreres que surja “la idea de introducir mecanismos para reducir a unidad esta diversidad de posiciones”³²¹, y uno de ellos lo constituye el precedente, como medio necesario para unificar la solución judicial de las controversias jurídicas y con ello asegurar el respeto a valores y derechos que de otra forma resultarían vulnerados, propendiendo con ello a la inestabilidad del ordenamiento jurídico.

3.2.2 Justicia formal, igualdad y seguridad jurídica³²².

Al hablar de justicia, se torna indispensable recurrir como punto base a la fundamentación aristotélica de la igualdad como núcleo mismo del concepto de justicia³²³, ya que como se ha señalado una de las líneas filosóficas base entorno a la justicia ha sido construida precisamente sobre este postulado formal, estableciéndose “que lo igual debe ser tratado en forma igual y lo desigual, análogamente en forma desigual”³²⁴, consistiendo la justicia en la obtención de un “justo medio”³²⁵ constituyéndose en un acto de equiparación entre estas comparaciones. Radbruch con posterioridad, colocó a la justicia e igualdad junto a la idea de seguridad jurídica³²⁶ como un fin formal del derecho, entendiendo como tal que el resultado de la positividad del derecho tiene que descansar en la predecibilidad y durabilidad de sus relaciones jurídicas.

Por lo tanto, si un juez por ejemplo adopta una decisión respecto de un caso, y con posterioridad si las circunstancias del mismo son análogas a otro y resuelve de distinta manera este juez vulneraría la igualdad política y formal de un individuo, constituyéndose el resultado en injusto formalmente y desestabilizando la seguridad jurídica de un orden

³²¹ Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, “El Carácter vinculante de la jurisprudencia”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pág. 44.

³²² Destaco la importancia de estos valores y derecho continentales en nuestra Constitución. Art. 1 (Justicia), Art. 11 # 2 Principio de aplicación de la igualdad formal, Art. 82 (Seguridad Jurídica) Constitución de la República.

³²³ Aristóteles, “Ética a Nicómano”, Ediciones Orbis, pág. 153.

³²⁴ Arthur Kaufmann, Filosofía del derecho, pág. 295.

³²⁵ Aristóteles, Op cit. 153.

³²⁶ Gustav Radbruch. Op cit. 39 y ss.

normativo, que viene asegurado a un juez por la generalidad y abstracción suficientes de una norma³²⁷ que se reputa como materialmente correcta frente a la Constitución.

Por ello, la aplicación de la igualdad formal no solo atañe a que su construcción no sea discriminatoria por parte del legislador, sino que el Juez mismo deberá aplicarla en una forma consonante a todos los casos que se le presenten y por lo tanto de forma igual para todos como una exigencia y límite al ejercicio del poder que posee, de ahí que un Juez no pueda apartarse de lo decidido por él o sus superiores a través del precedente en casos análogos iguales, sin que medie una respuesta “motivada razonable, suficiente y objetivamente”, ya que “no habrá ciudadanos iguales sin iguales juicios”³²⁸.

3.2.3 Sobre la creación de la regla jurisprudencial.

La formulación mencionada, establece como competencia imperativa (mandato de concreción), de los máximos órganos de justicia que cuando se tutelen derechos fundamentales estructurados en forma de principio, se elabore una regla (jurisprudencial)³²⁹ que permita por un lado dotar de contenido a los derechos y por otro que es consecuencia directa se respeten los valores y derechos aludidos.

Y es que al fin y al cabo como señala Kriele, “El Derecho del precedente es también un Derecho de normas”³³⁰, y por lo tanto su operatividad práctica a futuro debe estar vinculada a la estructuración de las normas en función a reglas que en virtud del “principio de universalidad”³³¹ concreten el objetivo de abstracción y generalidad requerido a fin de que puedan concatenarse supuestos de hecho contruidos en base a problemas jurídicos que

³²⁷ Andrés Ollero, “Igualdad en la aplicación de la ley y el precedente judicial”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales pág. 20.

³²⁸ Andrés Ollero, Op cit. 24.

³²⁹ Ramiro Ávila Santamaría, “Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano” en el Libro La Protección Judicial de los Derechos Sociales, Quito, Serie Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009pág. 555

³³⁰ Citado por Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, op cit. 266.

³³¹ Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica, op cit. 187 y 275.

regulen las propiedades fácticas relevantes, con una consecuencia jurídica deontológica, un estado de cosas a realizar, o un resultado institucional determinado, dependiendo del principio que se trate (“sentido estricto, directriz, institucional”).

Pero, además del “principio de universalidad”, la regla jurisprudencia está limitada al “principio de inercia”, ya que en virtud de la variación de las circunstancias (cambios en el ordenamiento jurídico, cambios sociales, etc)³³², si pueden especificarse razones suficientes para efectuar un cambio en la regla, éste deberá ser realizado.

Por ello, si bien existe una coincidencia con las reglas legislativas en torno a algunos elementos como el “carácter”, “contenido”, “condición de aplicación” (cualidad hipotética), y “autoridad”,³³³ entre unas y otras existe sobre todo una distinción³³⁴ en la ordenación estructural y dispersión de los elementos que componen la regla, lo cual apareja una serie de complicaciones sobre todo a nivel hermenéutico en cuanto no es fácil precisar concretamente de forma categórica cuando se inician líneas jurisprudenciales, que propiedades fácticas son las realmente relevantes³³⁵. López Medina ha identificado tres factores que producen este resultado en el derecho jurisprudencial, esto es, la “ausencia de canonicidad”, la regla es “dependiente de su razonamiento”, y existe por la necesidad argumentativa “abundancia textual”³³⁶.

Alexy, distingue al respecto otra diferencia relevante entre reglas jurisprudenciales y legislativas indicando que “Lo específico de las decisiones judiciales que crean precedentes hay que verlos, por el contrario, ante todo en el hecho de que los enunciados de las

³³² Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág 180 -187 ; Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Editorial Legis, Segunda Edición, pág. 86 - 97

³³³ Sobre los elementos descritos por Von Wright que componen las normas, Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op cit. 71 – 78; Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, op cit. 53 – 63.

³³⁴ La Corte Constitucional Ecuatoriana parece asimilar que reglas legislativas y jurisprudenciales tienen la misma naturaleza y estructura al señalar “Lo primero que cabe precisar es que la jurisprudencia, en tanto fuente generadora de derecho objetivo, puede cumplir diversas funciones dependiendo de las circunstancias de los casos que se susciten: a) podría desarrollar una regla legislativa;” *Jurisprudencia Vinculante* 001, SENTENCIA N° 001-10-PJO-CC, CASO N° 0999-09-JP, pág 5.

³³⁵ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op cit. 275.

³³⁶ Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Editorial Legis, Segunda Edición, pág. 195.

decisiones judiciales no se usan sólo para la comunicación de propuestas, sino para la ejecución de actos”³³⁷, en cuanto se refieren a problemáticas particulares que se deben resolver a la luz de circunstancias concretas, por lo que el régimen de universalidad propuesto en la regla tiene una implicación recíproca con los problemas jurídicos planteados.

3.2.4 Problemas jurídicos, (Abducción como presupuesto).

Kaufmann precisa que “Crear derecho es un reconocimiento de algo en cierta forma conocido con anticipación, no significa entrar en terreno desconocido”³³⁸, es decir, que a nivel de los máximos tribunales de justicia, las disposiciones jurídicas y los hechos particulares enmarcaran no solo el campo de acción a seguir, sino vendrán a determinar una creación ajustada a estas particularidades.

En el caso de la creación de una regla jurisprudencial que venga a conformar el contenido de un derecho fundamental, el ¿cómo articulemos y enfoquemos un problema jurídico?, demarcará la pauta del contenido y condición de aplicación de la regla. Siendo imperioso, la necesidad de amoldarlo adecuadamente en base a un procedimiento lógico.

Un problema jurídico por tanto, se encontrará constreñido en su construcción a la utilización de la abducción como presupuesto de fabricación, además de constituir un medio de dotación de coherencia y consistencia narrativa en las sentencias.

La abducción como esquema lógico, constituye una “conclusión a partir de un resultado” que genera una hipótesis, de la cual se extrae una consecuencia directa a partir de las premisas productoras (disposiciones jurídicas, hechos y conclusiones).

³³⁷ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op cit. 264.

³³⁸ Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, op cit. 181.

Ruiz Sanz enfoca sobre la abducción que en:

“este tipo de razonamiento, a partir de ser considerados ciertos datos como conjeturas, suele primero conocerse el resultado y luego formularse la regla; tanto el resultado como la regla actuarían de premisas del razonamiento a partir de las cuales se extraería como conclusión el caso que pasa de ser probable a tenerse por cierto”³³⁹

La regla construida a partir de la abducción, desempeña entonces dos papeles, sirve para casos futuros a través del “principio de universalidad”, y sirve como premisa para decidir el caso concreto, esto es, para la formulación de la regla individual que resuelve el caso.

Por lo tanto, la abducción procede a través de una conjetura como base, que aúna una deducción previa, así podríamos ejemplificar de la siguiente manera en cuanto a la vulneración de un derecho fundamental:

Deducción primaria.

- Premisa Normativa: La disposición Z del cuerpo normativo C, otorga la competencia a las Juntas de Agua para administrar el cobro y distribución del agua de las personas pertenecientes a una circunscripción territorial.
- Premisa Fáctica: Los miembros de la Junta de agua X, administran el cobro y distribución del agua, impidiendo actualmente que los personeros de la Empresa de Agua Potable puedan potabilizarla, al aducir que ellos lo harán, sin que hayan probado que dispongan de personal con los conocimientos técnicos para el efecto.
- Conclusión: Los miembros de la Junta de aguas actúan arbitrariamente, al exceder la competencia a ellos asignada.

Abducción.

³³⁹ Mario Ruiz Sanz, La construcción coherente del derecho, Madrid, Editorial Dykinson, 2009, pág. 265 y 266.

- **Conclusión:** Los miembros de la Junta de aguas actúan arbitrariamente, al exceder la competencia a ellos asignada
- **Premisa normativa:** Art. 66 # 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, **agua potable**, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.
- **Hipótesis abductiva:** La arbitrariedad en la actuación de los miembros de la Junta X, al impedir el ingreso de los funcionarios de la Empresa de Agua Potable aduciendo que lo harán a través de un personal del cual no se ha probado si disponen o no de los conocimientos técnicos apropiados **¿vulnera el derecho de los habitantes a disponer de agua en condiciones de óptima calidad tal y como la estaban recibiendo hasta la presente fecha?**

De lo mencionado podemos sostener de que los problemas jurídicos no nacen como parece deducirse de algunas sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana de problemas abstractos³⁴⁰ fruto de una interpretación tópica, tales como “¿Cuál es la naturaleza y el objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión?”³⁴¹, “¿Naturaleza jurídica, alcances y efectos de la acción de inconstitucionalidad?”³⁴², “¿Cuál es el núcleo esencial del derecho y del caso *sub iudice*?”³⁴³, etc. los cuales requieren configurar no el contenido y estructura hipotética de una regla, sino establecer un desarrollo conceptual, siendo imperativo realizarlo a través del canal adecuado en este caso la abducción como método de estructuración del problema jurídico.

³⁴⁰ “Un escenario constitucional es el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto” Diego López Medina, El Derecho de los Jueces, op cit. 148.

³⁴¹ Corte Constitucional, CASO N.º 0005-10-IO, Sentencia N.º 001-11-SIO-CC

³⁴² Corte Constitucional, Sentencia N.º OOS-IO-SIN-CC, CASO N.º 0012-09-IN

³⁴³ Corte Constitucional, Sentencia N.º 0007-10-SEP-CC, CASO N.º 0132-09-EP

3.3 Políticas Públicas.

Si bien, la garantía del contenido esencial ha estado vinculada especialmente en cuanto al legislador y referencialmente a los jueces, su ámbito de configuración tiene además en la Constitución del 2008 la vinculación a las políticas públicas generadas por el ejecutivo.

El Constituyente ha enfatizado transversalmente a través de la Constitución, la necesidad de que todas las funciones del Estado operen no sólo como garantes de los derechos fundamentales positivados en la Constitución, sino también como sus constructores, observamos de esta manera como la inmersión del ejecutivo en este aspecto asume un papel trascendental a través de las políticas públicas³⁴⁴.

Efectivamente, El principio “social” atribuido al Estado Ecuatoriano evoca desde una faceta de las competencias de ésta Función, la búsqueda por compensar situaciones sociales inequitativas (especialmente en el plano económico), a través de su engranaje administrativo, mediante la provisión de bienes y servicios públicos que hagan efectivo un esquema de vida amoldable al cúmulo de derechos fundamentales garantizados en la Constitución y su desarrollo efectuado por la Función legislativa, y los máximos órganos de justicia del país y la Corte Interamericana³⁴⁵.

En nuestro país, la misión “Manuela Espejo”³⁴⁶, se convierte en un adecuado ejemplo, a fin de explicitar la función de concretar en la práctica los derechos fundamentales de las

³⁴⁴ Eduardo Montealegre y Manuel José Cepeda (Directores del Proyecto), Teoría Constitucional y las Políticas Públicas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. (Prólogo).

³⁴⁵ Mauricio Pérez Salzar, Economía y fallos constitucionales. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991 en el libro Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 817 y ss.

³⁴⁶ Una vez identificadas las necesidades de las personas con discapacidad, en la fase de diagnóstico, la Misión Solidaria “Manuela Espejo” emprendió una fase de atención integral para llegar con ayudas técnicas (colchones y cojines anti-escaras, sillas de ruedas, especiales, para evacuar, bastones de diversos tipos, pañales, protectores de colchones, videles entre otros), atención médica, vivienda y bono de 240 dólares en caso de requerirlo, además de rehabilitación, nutrición, derechos y autoestima. Para esta fase se cuenta con brigadas que están conformadas por un especialista en salud, militar, conductor y un voluntario, quienes se encargan de entregar las ayudas técnicas en cada hogar de las personas con discapacidad. Hasta enero del 2012 se han entregado 265.515 ayudas técnicas a 130.254 beneficiarios. La Misión Solidaria Manuela Espejo en vista de las necesidades de mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad impulsó también la construcción de 4.400 viviendas entre el 2010 y 2011 y se espera construir 6.000 más en el 2012. La Misión Solidaria Manuela Espejo inició el proceso de entrega de las últimas 216.285 ayudas técnicas, 6000 viviendas y el monitoreo de los 14.479 beneficiarios del programa Joaquín Gallegos Lara. Este trabajo previsto para este 2012 se realizará en las provincias de

personas con discapacidad, a través de políticas públicas producidas a través de los distintos Ministerios, generando de ésta manera un sistema incluyente.

La Función ejecutiva se convierte así en la pragmatizadora de los derechos fundamentales, a través de los actos normativos y jurisdiccionales delineados por las otras Funciones del Estado, además de los actos administrativos de carácter general emitidos por ésta, con el objeto de implementar políticas tendientes a este fin.

En cuanto al contenido de los derechos fundamentales, la asignación como tal ha sido postulada hacia las políticas públicas que hagan efectivos los derechos fundamentales³⁴⁷.

Cabe señalar que en este ámbito, el contenido de los derechos fundamentales no está atribuido a un aspecto normativo, sino empírico, es decir, el contenido que se atribuye se refiere a un “estado de cosas” alcanzado, a través de un acto normativo o administrativo de carácter general previo.

Este “estado de cosas” que agrupa una política pública es un conjunto variado y concatenado de hechos institucionales, que dan lugar a una referencia fáctica sobre el espectro alcanzado y que no puede ser eliminado, o ser regresivo en cuanto a sus resultados ya que forma parte de una “posición jurídica”, atribuible a un sujeto fruto de la intervención activa del Estado en la mediatización de un problema social, o la facticidad de un derecho.

Zamora, Morona, Loja, El Oro, Galápagos, Guayas y Pichincha en beneficio de 85.891 personas con discapacidad, que fueron estudiadas y atendidas por las brigadas médicas. <http://www.vicepresidencia.gob.ec/programas/manuelaespejo/resultados-manuelaespejo.html>

³⁴⁷ La experiencia colombiana, ha demostrado la relevancia fáctica del margen que dispondrían en nuestro caso la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral para reorientar las políticas públicas adoptadas por el ejecutivo y el Consejo Nacional Electoral, sin que se quiera señalar que estos órganos posean la facultad de adoptar o reemplazar por sí solos políticas públicas. Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 21; Ramiro Ávila Santamaría, “Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano” en el Libro La Protección Judicial de los Derechos Sociales, Quito, Serie Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009 pág. 555 y 556.

Un ejemplo relevante nos ofrece la jurisprudencia Argentina en el caso “Benghalensis”³⁴⁸. La asociación “Benghalensis” interpuso una acción de amparo a fin de obligar al Estado a través del ministerio de salud y acción social de Argentina, a que siga otorgando los medicamentos y retrovirales necesarios a enfermos de VIH – Sida, para su correspondiente tratamiento.

El Estado Argentino argumentó en su defensa, que ésta asociación, no se encontraba legitimada para proponer tal acción, y que el Ministerio de Salud los ha atendido dentro de sus posibilidades presupuestarios cumpliendo con la ley 23798, elaborando un programa del cual son parte y que en definitiva “que la gestión de fondos y la utilización del presupuesto no está sujeta al control de los jueces”³⁴⁹.

La Corte Suprema Argentina alegó que el derecho a la salud y en especial el derecho a la vida que de su Constitución se infiere como *derecho implícito* no pueden verse protegidos solamente en cuanto exista una ausencia de intervención que pueda vulnerarlos, sino que el Estado debe realizar las prestaciones positivas para su cumplimiento y por lo tanto no se puede alegar falta de fondos para incumplir con sus deberes constitucionales a favor de la tutela a los derechos de salud y vida de estas personas, por lo que declaró con lugar el amparo presentado confirmando la sentencia apelada. Ordenó además modificar el presupuesto a fin de hacer viable esta sentencia.

De la sentencia mencionada, se infiere entonces, que la dación de contenido a los derechos a través de las políticas públicas se da como consecuencia del pragmatismo de un estado de cosas alcanzado, en el presente caso, forma parte del contenido la entrega de medicamentos y las vacunas retrovirales que se venían otorgando por el Estado, y que eran indispensables

³⁴⁸ Caso Benghalensis, Corte Suprema Argentina. http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp.

³⁴⁹ Caso Benghalensis, <http://iuscontenidos.blogspot.com/2007/07/resumen-de-fallos.html>.

para la vida de los enfermos de sida. Estado de cosas, que les proporciono una posición jurídica mediante la cual pudieron efectivizar su derecho en vía judicial, y que genero a su vez un doble condicionamiento para el Estado, en primer lugar la prohibición de eliminar esta posición jurídica³⁵⁰ y por otro el deber de realizar todas las “acciones positivas” necesarias que garanticen la salud de los enfermos.

Aunque evidentemente, la posición de los jueces tendrá que guardar absoluto respeto a las condiciones en las que el Estado pueda proporcionar los elementos necesarios para la ejecución de las políticas públicas, justificando a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio, la viabilidad o no de una posible restricción o eliminación³⁵¹.

4. La postura del Constituyente. La prohibición de regresividad como elemento intersubjetivo válido de determinación de la esencialidad.

Una vez que se ha analizado la postura del Constituyente del 2008, sobre la adscripción de contenido a los derechos y la pertenencia del método que ha utilizado para el efecto, entendiendo, que el contenido de los derechos no constituye una realidad ontológica prefijada, sino que es un producto a posteriori de construcción escalonada y esquematizada por el ideal del principio que lo contiene; es menester preguntarnos ahora ¿qué criterio delinea el Constituyente para poder atribuir la esencialidad al contenido de un derecho?.

En realidad, una de las problemáticas principales sobre la garantía del contenido esencial, deriva en la inexistencia de un criterio intersubjetivo que de forma objetiva determine lo que es la esencia de un derecho fundamental. En cuanto a las teorías que han girado en

³⁵⁰ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op cit. 169 y 170.

³⁵¹ Principios de Limburgo y Maastrich

torno a la garantía del contenido esencial, la relativa y mixta, utilizan al principio de proporcionalidad como criterio para determinar la esencialidad del contenido.

Si bien es cierto que a través del principio de proporcionalidad se producen las atribuciones definitivas de contenido por medio de la creación de reglas y la pertinencia o no de “estados de cosas institucionales” resultado de la adopción políticas públicas, este no delimita la esencialidad de forma segura a futuro si no existen otros criterios coadyuvantes.

Nuestra Constitución reconociendo esta necesidad, atribuye como criterio enmarcador y determinador, a la prohibición de regresividad como presupuesto contribuyente. Un ejercicio constructivo de los derechos como el planteado por nuestra Constitución, presupone como condición inescindible el establecimiento de límites que demarquen el actuar de los órganos de la Funciones llamados a conformar el contenido de los derechos. La “fórmula política” se fundamentó como la primera y más importante vinculación material, y ahora se delinea a la prohibición de regresividad como límite estructurador de la esencia conformadora de los derechos.

La esencialidad es por lo tanto consecuencia directa de una prohibición dirigida a los poderes públicos³⁵² (Art. 11# 9 párrafo 1) impidiendo que a través de los actos u omisiones que de éstas funciones emanen se retroceda “en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”³⁵³. El límite que demarca la esencialidad es por ende la existencia o ausencia constatable de normas o políticas que “disminuyan, menoscaben o anulen el ejercicio de un derecho”.

De esta manera, la construcción escalonada enfoca dos momentos, el primero constituido por el ideal esquematizador del principio que se encuentra ya conformado por un cúmulo de

³⁵² Christian Courtis, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios, en el libro La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006, pág. 20; Víctor Abramovich y Christian Courtis, Los Derechos sociales como derechos exigibles, op cit, pág 95.

³⁵³ Christian Courtis, op cit. 20.

reglas o estados de cosas alcanzados (contenido esencial), y un segundo momento que tiene pretensión de ser parte del contenido de un derecho fundamental, por la nueva regla o estado de cosas que se pretende alcanzar.

Esta nueva o nuevas regla(s), estados de cosas a alcanzar, o su ausencia, es la que se encuentra limitado (acción) o se activa (omisión) respectivamente, por la esencialidad ya alcanzada previamente, y que viene constreñida a la no regresividad de la medida como sustento. La cual, efectúa la función de blindaje (normas y políticas regresivas), contención del régimen positivo material de aquello que constituye el contenido, y la fijación del umbral de lo que pertenece o no a la esencia de un derecho fundamental.

El contenido esencial, no es por ende un compuesto metafísico que se descubre vía la razón del legislador o de un juez que realice control constitucional. Es un conjunto de notas construidas a posteriori (reglas y estados de cosas alcanzados) que materializan el contenido de un derecho, y que se adscriben como esenciales en la medida en que sean el resultado de la utilización de controles intersubjetivamente válidos (no regresividad y principio de proporcionalidad).

La no regresividad, no obstante al estar vinculada al carácter estructural de los principios no representa un límite absoluto al accionar de los órganos del Estado, sino “prima facie”, lo que implica que en el evento de existir una medida que pueda tener un carácter regresivo, la misma pueda ser adscrita si y sólo si puede ser debidamente justificada³⁵⁴, esto es, si pueden “aducirse razones suficientes” que puedan contrariar una normativa o política pública ya alcanzada y que otorgue una protección más amplia y/o eficiente..

³⁵⁴ Christian Courtis, op cit. 39 y 40; Víctor Abramovich y Christian Courtis, Los Derechos sociales como derechos exigibles, op cit. 96 – 102.

5. Principio de proporcionalidad en la Constitución del 2008, como método de justificación de las limitaciones a los derechos y operatividad del mismo.

En este trabajo se ha analizado por qué a partir del carácter estructural de la mayor parte de derechos, al estar enfocados como principios requieren una conformación de su contenido que se lo realiza en función al principio de “proporcionalidad en sentido amplio” y “estricto” dependiendo de cuál sea la competencia asignada al órgano conformador y el problema a resolver.

A través del principio de proporcionalidad (“amplio o estricto”) como método, se generan posiciones definitivas al concretarse una regla³⁵⁵ o la pertinencia de un estado de cosas a realizar. Las posiciones definitivas delimitan un supuesto de hecho en base a los problemas jurídicos existentes y atinentes al caso a fin de poder concatenar la consecuencia jurídica establecida en la norma o estado de cosas dependiendo del principio (“regulativo o directriz”).

Pero, el principio de proporcionalidad sustenta además de ésta función de coordinación entre ser y deber ser que establece el contenido y demarca de forma concomitante los límites de los derechos, la de ser un método de justificación de las decisiones³⁵⁶ al buscar el “justo medio” entre un conflicto entre posiciones entre derechos.

La justificación que se busca dar a posibles medidas (normativas o políticas) regresivas que irrumpen en la esencia ya alcanzada, atiende por este motivo a dos circunstancias, una ligada al orden formal y otro al orden material. En el orden formal el método adecúa el

³⁵⁵ Peter Haberle, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, op cit. 49; Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* op cit. 75; Carlos Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 591; Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op cit. 409.

³⁵⁶ *Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población]* “Este principio, dotado de rango constitucional, se deriva directamente de la esencia de los derechos fundamentales mismos que, como expresión del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado, sólo pueden ser restringidos por el poder público en la medida que sea indispensable para la protección del interés público (BVerfGE 19,342 [348]; jurisprudencia reiterada).” *Sentencia de la Primera Sala, del 15 de diciembre, 1983*, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág. 97

cauce de actuación por medio del cual se espera conseguir cierta “pasividad procesal” necesaria para asegurar una adecuada “justificación interna”³⁵⁷, y en el orden material a perseguir el sentido de la justicia.

La necesidad de justificación referida por la Constitución del 2008, en el evento de existir medidas regresivas supone entonces considerar que las decisiones de los jueces sean fruto de un orden coherente y lógico en el cual la o las conclusiones se sigan lógicamente a partir de premisas dadas, además de que los argumentos materiales aducidos tiendan a corregir las premisas en función la criterio de justicia.

En el orden de lo formal, el principio de proporcionalidad, configura un razonamiento³⁵⁸ lógico interno que debe ser cumplido y observado mediante la ligación secuencial a sub – principios y a presupuestos³⁵⁹, que buscan dotar de un margen de racionalidad al proceso de aplicación³⁶⁰, aunque como menciona Alexy no tenga este método una función algorítmica o “monotónica” de dotación de una respuesta única o correcta, *ya que se trata de un esquema estructural que no define, sino que guía hacia una razonable resolución en un conflicto entre posiciones que ofrecen los principios.*³⁶¹

Este requerimiento de “pasividad procesal” al buscar la concatenación lógica entre premisas y conclusión, exige como lo sostiene Alexy una atenta mirada al principio de

³⁵⁷ Robert Alexy, Teoría de la argumentación jurídica, op cit. 214 y ss.

³⁵⁸ Gabriel Mora Restrepo, Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pág. 366.

³⁵⁹ La referida por Alexy ley material y empírica de la ponderación, evaluación de criterios de intensidad de violación de derechos fundamentales, principios de justicia. Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, op cit. pág. 138, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 3 # 4, Jhon Ralws, Teoría de la Justicia, op cit. 67 y 68.

³⁶⁰ “una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede fundamentarse racionalmente”, Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, op cit. 136 y ss.

³⁶¹ Manuel Atienza, El Derecho como Argumentación, op cit. 122.

justicia formal³⁶² reseñado, y que podría esquematizarse posteriormente a partir de dos reglas:

“Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal”.

“La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal”³⁶³

De ahí, que la lógica argumentativa en el proceso de aplicación del principio de proporcionalidad se torne absolutamente relevante, especialmente si tomamos en cuenta que las “posiciones jurídicas” que entran en conflicto a partir de derechos fundamentales estructurados en forma de principio proporcionan únicamente razones *prima facie* para la actuación y no razones últimas que se tienen que aplicar o no³⁶⁴, existiendo mayor dificultad en conseguir que la decisión jurídica se siga lógicamente de la norma universal.

Como consecuencia, ya que la aplicación en este caso del principio de proporcionalidad no constituye un acto puro de conocimiento en el que se aplique directamente un principio a través de un régimen exclusivamente deductivo, sino que para llegar a establecer el nexo entre el hecho, la razón *prima facie* y la consecuencia jurídica del principio (deontica o teleológica), se requiere la formulación de un acto creativo que implica que el proceso se construya en base a un régimen complementario de esquemas lógicos, así Kaufmann manifiesta:

“El núcleo del proceso de creación del derecho es la analogía. Aquí el derecho ha de ser hallado.

Pero la analogía no aparece en forma aislada, a ella se integran, así mismo, las tres conclusiones lógicas: abducción, inducción y deducción”³⁶⁵

³⁶²“La regla correcta, tal y como es definida por las instituciones, es regularmente observada y adecuadamente interpretada por las autoridades. A esta administración imparcial y congruente de las leyes e instituciones, cualesquiera que sean sus principios sustantivos, podemos llamarla justicia formal” Jhon Rawls, Teoría de la Justicia, op cit. 65.

³⁶³ Manuel Atienza, Teoría de la Argumentación Jurídica, op cit. 215.

³⁶⁴ Jan Sieckmann, El modelo de los principios del derecho, op cit 13 y ss ; Manuel Atienza, Teoría de la Argumentación Jurídica, op cit. 168.

³⁶⁵ Arthur Kaufmann, Filosofía del Derecho, op cit. 186 y 187.

La exigencia de llegar al resultado de cada sub principio y sobre todo del caso concreto, se encuentra estrechamente vinculada a la utilización sistemática de cada esquema lógico, por lo que la idoneidad, necesidad y la ponderación en sí misma, son campos de actuación en donde los resultados son fruto de la interacción de esquemas lógicos internos y complementarios.

En efecto, la aplicación del principio de proporcionalidad, presupone efectuar pasos transitivos a través de etapas (subprincipios) que mediatizadas por el uso de reglas a ellos atinentes como la “ley material”, “epistémica” de la ponderación, criterios empíricos de evaluación de intensidades, “prohibición de protección deficiente”, “interdicción del exceso”³⁶⁶, etc. Son fundamento para exigir a los jueces la adopción de una conducta, que, permita regimentar una lógica interna en sus decisiones estableciendo vías adecuadas de intermediación de “imparcialidad”.

Comparto por ello la posición de Atienza, que el principio de proporcionalidad en sentido “estricto” o “amplio” justifica por una parte que a través de su utilización no se traspasen los límites en la actuación de los órganos del poder público especialmente de los jueces, en cuanto menciona “la estructura de la ponderación juega también aquí un cierto papel, aunque más negativo que positivo: sirve para justificar que no se ha traspasado un límite....”³⁶⁷

Ahora bien, si sostenemos que cada subprincipio es el resultado de una complementaria utilización de esquemas lógicos que arrojan un resultado debemos preguntarnos ¿que implican los sub principios?.

³⁶⁶ Martín Borowski, La estructura de los derechos Fundamentales, op cit. 124, y 162 respectivamente.

³⁶⁷ Manuel Atienza, El Derecho como Argumentación, op cit. 176.

5.1 Subprincipio de idoneidad³⁶⁸.

A este sub principio también se lo conoce como de “adecuación”, o “test de razonabilidad”, el cual determina que cualquier acción u omisión de carácter regresivo con respecto a cierto(s) derecho(s) es justificable si y sólo si, puede a través de ella perseguirse un fin que se reputa como constitucionalmente legítimo. Por lo tanto, la idoneidad o no de una medida tendrá que ver con la legitimidad del fin buscado, y si en base a ello la medida resulta ser la más idónea o no.

En cuanto a la legitimidad del fin, éste es constitucionalmente legítimo “cuando no está prohibido explícitamente o implícitamente por la Constitución”³⁶⁹, sin embargo el legislador al disponer de un margen de acción epistémico tanto empírico como normativo, puede también limitar o restringir un derecho, así exista implícitamente una prohibición como la que se podría obtener del derecho a la vida, en el caso de que el legislador quisiera por ejemplo admitir como excepciones punibles al aborto, el caso de incesto o violación por ejemplo; por lo que a criterio de Bernal Pulido y Borowski, un fin será catalogado por ilegítimo “cuando esté prohibido definitivamente por la Constitución” y no solo *prima facie*.

³⁶⁸ Sentencia BVerfGE 90, 145 [Cannabis] “Para juzgar la idoneidad y necesidad del medio elegido para alcanzar los objetivos deseados, así como para llevar a cabo en este contexto la evaluación y pronóstico de los peligros que amenazan a los individuos o al interés general, se le ha atribuido al legislador un espacio de decisión, el cual sólo puede ser examinado por el Tribunal Constitucional Federal en forma limitada, dependiendo de la clase de asunto que esté en discusión y del bien jurídico que esté en juego, de modo que el Tribunal pueda dictar una sentencia suficientemente segura (cf. BVerfGE 77, 170 [215]; 88, 203 [262]). Adicionalmente, para realizar una ponderación integral entre la gravedad de la intervención y, por otro lado, el peso y la urgencia de los motivos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición (cf. BVerfGE 30, 292 [316]; 67, 157 [178]; 81, 70 [92]). Las medidas, por tanto, no deben gravar en forma exagerada (prohibición de exceso en la reglamentación [*Übermaßverbot*] o deber de proporcionalidad en sentido estricto; véase BVerfGE 48, 396 [402]; 83, 1 [19]). En la esfera de las sanciones penales se sigue del principio de culpabilidad –el cual encuentra su fundamento en el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental–, y del principio de proporcionalidad que se deriva del principio del Estado de Derecho y de los derechos de libertad, que la gravedad de un delito y la culpa del actor deben estar en una relación justa con la pena. El tipo y medida de la sanción penal no pueden ser inadecuados a los comportamientos que se encuentran sujetos a la pena. Debe existir concordancia material entre los elementos de hecho [supuesto normativo] y la consecuencia jurídica (cf. BVerfGE 54, 100 [108] jurisprudencia reiterada).” Sentencia de la Segunda Sala, del 9 de marzo, 1994, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwab, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009, pág 107.

³⁶⁹ Carlos Bernal Pulido, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, op cit., 696.

Este fin buscado por el legislador puede perseguir diferentes objetivos tanto individuales como colectivos, así como la protección de bienes jurídicos garantizados por un derecho fundamental, lo cual es definido por Laura Clérico como “un estado de cosas que debe alcanzarse y que tiene que ver con el cumplimiento de un derecho fundamental o de un bien colectivo o con evitar que estos objetos sean restringidos de una manera muy gravosa”³⁷⁰.

Este fin puede ser inmediato, si establece un objetivo fáctico que debe alcanzarse, o mediato si es que está ordenado por algún principio constitucional. Lo que permitiría esbozar y diferenciar claramente, en el momento de la argumentación, cual es el medio adoptado por el legislador por un lado, y cuál es la finalidad, perseguida por éste, no siendo idónea la medida, en cuanto no busque o contribuya de ningún modo a la obtención del fin buscado.

La mayor o menor idoneidad de la medida dependerá entonces de la gradación empírica (“eficacia, rapidez, plenitud y seguridad”) con la que se intervenga un derecho fundamental y se pueda obtener el fin perseguido.

Consecuencia de ello podríamos decir que entre el medio regresivo y el fin perseguido existe un nexo de implicación, ya que la realización o no, de este nexo de causalidad de carácter fáctico (medio regresivo y el fin que se busca) será el que determine si la intervención en un derecho resulta ser idónea o no.

5.2 Subprincipio de necesidad.³⁷¹

³⁷⁰ Texto citado por Carlos Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, pág. 719.

³⁷¹ **Sentencia BVerfGE 39, 1 [Interrupción del embarazo I]** “Ciertamente, el embarazo pertenece a la esfera íntima de la mujer y por tanto se encuentra protegido por el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Si el embrión fuera una simple parte del organismo materno, la interrupción del embarazo quedaría dentro del ámbito privado de determinación, en el cual el legislador carecería de facultades para intervenir (BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]). Sin embargo, el *nasciturus* es un ser humano independiente, el cual se encuentra bajo la protección de la Constitución. La interrupción del embarazo tiene, pues, una dimensión social; de ahí que no sea sólo susceptible de regulación por parte del Estado, sino que exista verdadera necesidad de ello.” **Sentencia de la Primera Sala, del 25 de febrero, 1975, op cit 117 y 118.**

Este subprincipio guarda estrecha relación con el criterio de “optimalidad de Pareto”³⁷² ya que una acción u omisión de carácter regresivo puede considerarse necesaria y por ello justificable, si y sólo si constituye una medida lo más adecuada y eficaz entre el espectro de las posibles y coetáneas, con la cual no se permita, o se restrinja de menor manera un derecho fundamental.

Una acción u omisión de carácter regresivo, será desde la utilización del subprincipio de mencionado, tanto o más legítima, cuanto menor sea la restricción de un derecho fundamental a través de la medida. Por lo que este subprincipio toma en cuenta la medida adoptada para intervenir el derecho con la existencia de otros medios alternativos que igualmente estén a disposición del órgano interventor del principio, no comparándose el medio con su finalidad como en el examen de idoneidad, sino al medio con otros igualmente válidos, los cuales serán susceptibles de ser seleccionados por el órgano encargado del control jurisdiccional constitucional, a fin de establecer cuál de ellos resulta ser el medio más adecuado y eficaz, y por ende el más idóneo para alcanzar el fin propuesto.

Esta elección de medios según Bernal Pulido deberá realizarse de acuerdo a los elementos con los que el legislador contaba al momento de configurar la norma, sean estos, técnicos, científicos, etc. y de acuerdo a la “eficacia” que otorguen los medios, la misma que se valorará de acuerdo a la mayor o menor realización del fin perseguido, por lo que el carácter necesario de escoger el medio más benigno dependerá en cuanto menos afecte (medio más benigno) al derecho fundamental y en la medida en la que más favorezca a la obtención del fin que se busca.

³⁷² “El principio afirma que una configuración es eficiente siempre que sea posible cambiarla de modo que beneficie a algunas personas (al menos una) sin que al mismo tiempo dañe a otras personas (al menos una)” Jhon Ralws, Teoría de la Justicia, op cit. 73.

5.3 Principio de proporcionalidad en “sentido estricto”, (Ponderación).

El principio de proporcionalidad en “sentido estricto”, implica conforme al concepto deducido por Alexy y constante en el Art. 3 # 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, un régimen de compensación valorativo, qué, prefijado por la utilización de sub etapas³⁷³ que se formulan como parámetros de comprobación, permiten equilibrar³⁷⁴ con pretensión de racionalidad la existencia de intereses contrapuestos.

Los resultados objeto de valoración de cada una de las sub etapas, son consecuencia de la utilización de razones a favor y en contra, sea de la importancia de satisfacer un principio o de la restricción o no de otro, que operan como magnitudes determinadas metafóricamente como “pesos”.

Lo que conlleva a sostener, la estricta vinculación del método aplicativo (ponderación) con el carácter de principio de algunos derechos fundamentales. Los principios, son estructuras que por su carácter requieren ser ponderadas, extrayéndose a partir de cierto ideal positivado, la razón “prima facie” objeto del posterior equilibrio de intereses contrapuestos.

Esta asignación de pesos, como medio para resolver un conflicto entre posiciones que ofrecen los principios, ha sido fuertemente criticada por considerar que favorece a la subjetividad de los jueces³⁷⁵, sin embargo Alexy por ejemplo rebate las críticas diciendo que la ponderación como método estructural es “racional”, siempre y cuando la relación de

³⁷³ Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, op cit. 529; y también la propuesta de Robert Alexy en Teoría de la Argumentación Jurídica, Addenda: La Fórmula del Peso, en la cual diagrama a través de variables planteadas en su conocida “fórmula del peso”, el camino, o los pasos a seguir a fin de ponderar de forma racional op cit. 349 – 374.

³⁷⁴ Peter Haberle, La Garantía del Contenido Esencial de los derechos fundamentales, op cit. 40.

³⁷⁵ Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, op cit. 400 y 401; Juan Antonio García Amado, El Juicio de Ponderación y sus partes, Crítica de su escasa relevancia, en el Libro Justicia Constitucional, Colombia, Editorial Legis, 2006, pág. 137 y ss.

preferencia pueda “fundamentarse racionalmente”³⁷⁶. Las razones sean fácticas, autoritativas, etc. serán por lo tanto el parámetro de comprobación para establecer si la relación de preferencia condicionada se ha construido o no racionalmente.

Es necesario acotar además, que al establecer la relación de preferencia, no implica que uno de los principios deba ser pulverizado, para que el otro prevalezca en concreto, sino que en la búsqueda de construir la preferencia, se deberá tratar de buscar la menor lesión de los principios en juego, tratando en lo posible de buscar su armonía, a través de la utilización de la interpretación por concordancia práctica³⁷⁷ y unidad de la constitución, y solo en el evento de su imposibilidad, se admitirá por parte del órgano jurisdiccional que una posición prevalece a otra, pero, precisando siempre en qué condiciones se lo hace³⁷⁸, y estableciendo siempre “razones suficientes”³⁷⁹, *lo que se conjugará a través de la reciprocidad valorativa de las razones que se aduzcan a favor de la satisfacción o restricción de un derecho fundamental.*

Por lo que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, será un método de justificación de acciones u omisiones regresivas, si y sólo si pueden aducirse razones que en conjunto, puedan determinar no solo que la intensidad de afectación de un derecho fundamental sea directamente concordante a la satisfacción de otro, sino que en el proceso de la construcción de la regla se armonicen además los intereses en la fabricación del supuesto de hecho resultado de la relación de precedencia condicionada, sin que de esta manera uno u otro prevalezcan absolutamente, así se trate de un caso concreto y de un principio regulativo.

³⁷⁶ Robert Alexy, Teoría de la Argumentación Jurídica op cit.. 136.

³⁷⁷ Konrad Hesse, Escritos de Derecho Constitucional, op cit. 45 y 46.

³⁷⁸ En la Sentencia sobre inconstitucionalidad del Aborto 53 – 1985 del Tribunal Constitucional Español se estableció que “el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, caso contrario precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”. Francisco Rubio Llorente, Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales, op cit. 143 y siguientes.

³⁷⁹ Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, pág. 74.

El supuesto de hecho de la regla contendrá entonces un condicionamiento recíproco y complementario, que tenga en cuenta la existencia de los derechos fundamentales en juego, impidiendo la prevalencia unívoca de un derecho fundamental sobre otro. Hay que tener presente sin embargo, lo destacado por Atienza, en cuanto dependiendo del principio que se trate (regulativo, directriz, institucional), la ponderación tendrá una consecuencia jurídica distinta.

Así, en los principios regulativos la consecuencia jurídica corresponderá al mandato (obligación, prohibición o permiso), de uno de los principios en juego, no así en las directrices, en las que la consecuencia jurídica correspondería al establecimiento de medidas que conlleven al establecimiento de determinado fin.

5.4 Operatividad del Principio de Proporcionalidad (justificación material).

La justificación en el orden de lo formal del principio de proporcionalidad, guarda íntima relación con el criterio de eficiencia ligado al “óptimo de Pareto” como se señaló, motivo por el cual a pesar de que se construya un camino o procedimiento por el cual el órgano encargado de ponderar tenga que transitar, las razones materiales utilizadas en la argumentación pueden conducir a resultados utilitarios³⁸⁰.

Por este motivo, la justificación del principio de proporcionalidad sobre todo en cuanto al subprincipio de la ponderación, debe tener también un carácter material orientado a satisfacer no sólo presupuestos lógicos, sino también los contenidos de la razones objeto de tratamiento direccionándolos hacia el sentido de la justicia, por lo que “En realidad, en la

³⁸⁰ “Sin embargo, cuando se satisface el principio de utilidad no existe una garantías tal de que todos se beneficiarán. La fidelidad al sistema social puede exigir que algunos, en particular los menos favorecidos, tengan que renunciar a ciertas ventajas en favor del mayor bien colectivo” Jhon Rawls, Teoría de la Justicia, op cit. 171.

justicia como imparcialidad, los principios de la justicia tienen prioridad sobre las consideraciones de eficiencia...” tal y como lo plantea Rawls.³⁸¹

En definitiva, a través del principio de proporcionalidad lo que se reseña es un procedimiento a seguir por el órgano encargado de su aplicación, condicionado a reglas que exigen la concurrencia de racionalidad en el proceso, a fin de que el mismo no se torne intuicionista. Es decir, que se establece un método de aplicación tendiente a determinar como han de ser sopesados los principios que contienen derechos fundamentales entre sí.

Por lo cual, si bien los resultados podrían no ser intuicionistas, los mismos podrían descansar en concepciones utilitarias que impliquen un desmedro respecto de los derechos de otros, a través por ejemplo de concepciones destinadas a favorecer solo el “bien colectivo”, lo cual podría justificarse notoriamente a través de la ley material de la ponderación, ya que será en muchos casos evidente la mayor satisfacción de un bien que favorezca a la colectividad, y poca la afectación de los derechos de ciertas personas tomando en cuenta la utilidad pública.

Por ello, la compensación valorativa que se busca otorgar por medio del principio de proporcionalidad debe armonizar las pretensiones antagónicas que se presenten y equipararlas a fin de generar uniformidad y buscar a través de ella la unidad política.

La armonía de posiciones contrapuestas en virtud del ejercicio de los derechos, exige un criterio compensatorio material como requisito de operatividad, el mismo que en nuestra Constitución se encuentra reseñado en el “buen vivir”. Este criterio, conlleva a construir las razones entorno al principio de proporcionalidad bajo la modalidad descrita en la introducción a este trabajo, esto es, que cada persona pueda ejercer de la manera óptima sus derechos al crear proporcionalmente las condiciones necesarias para el ejercicio de todos

³⁸¹ Jhon Rawls, Teoría de la Justicia, op cit. 76.

(compensación), a fin de que todos los seres se encuentren en el mismo estado o posición (unidad).

El buen vivir, se delinea de esta manera como el paradigma interpretativo, de atribución de contenido y de sujeción de los poderes públicos por excelencia, enfocado a establecer “una nueva forma de convivencia ciudadana” en cuanto busca un equilibrio integral no sujeto a condicionamientos utilitarios, y el cual es posible sólo si es beneficioso para todos.

Así, Atawallpa Oviedo Freire sostiene respecto del “buen vivir” que:

“Desde la ley de proporcionalidad complementaria, la vida se desenvuelve entre fuerzas o polaridades: femeninas y masculinas, las cuales son el germen de re-producción de la vida para una permanencia en movimiento. Es decir, de la cosmuni3n de dos fuer3as surge un tercer elemento fruto de esa oposici3n complementaria ellos. A diferencia de la ley civilizatoria que ve siempre la contradicci3n, como la ganancia o la superioridad del mercado o de una posici3n sobre otra, de ah3 que siempre hablen de 3xito, excelencia, triunfo, rentabilidad, lucro, eficacia....”³⁸²

Por ello la ponderaci3n en s3 misma, o los sub principios que adicionados constituyen el principio de proporcionalidad en sentido amplio no son conjuntos al azar de argumentos materiales m3s o menos atribuidos y que se pretenden avalar desde la utilizaci3n de conceptos doctrinarios, o del resultado matem3tico de una ecuaci3n como parece mal entenderlo la Corte Constitucional Ecuatoriana de la postura de Alexy, en el caso sobre la importaci3n de veh3culos.

El principio de proporcionalidad es desde esta perspectiva medio de justificaci3n, si se lo concibe como un procedimiento estructural que sustentando en base a reglas y criterios materiales de una cierta teor3a moral que prevea una Constituci3n, gu3en al 3rgano

³⁸² Atawallpa Oviedo Freire, 3p cit. 62.

aplicador hacia una razonable justificación de un conflicto entre posiciones de derecho fundamental.

Por lo tanto, cualquier acción u omisión de carácter regresivo es injustificada, si no cumple a través del principio de proporcionalidad con la lógica interna atinente al procedimiento, y si no hace viable, armoniza y compensa en la medida de las posibilidades el conflicto entre principios con sustento teleológico en el buen vivir.

CAPÍTULO 3.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL.

La Constitución del 2008³⁸³, así como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁸⁴ explicitaron como una de las competencias de la Corte Constitucional la elaboración de jurisprudencia vinculante, sin embargo, la labor de la Corte ha sido a mi parecer además de tardía en la concreción de este aspecto³⁸⁵, y no ha podido ser realizada de forma coherente hasta el momento, cayendo en imprecisiones conceptuales referentes a los temas objeto de tratamiento, que sumadas a la contradictoria argumentación en varios casos dificultan notoriamente el alcance de esta normativa diseñada por la actual Constitución.

En cuanto a la garantía del contenido esencial, la Corte Constitucional, ha fundamentado algunas sentencias que pueden considerarse referentes entorno a la temática.

1. Sentencias 003-09-sep-CC, y 12-09-sep-CC.

Precisamente, las sentencias 003-09-sep-CC, y 12-09-sep-CC, han enfocado la garantía del contenido esencial, desde el mismo punto de vista, es decir, como “un nuevo paradigma con una interpretación diferente a la habitual (jerarquía, ponderación, subsunción, etc.)”.

La garantía del contenido esencial según la Corte Constitucional, es una técnica interpretativa dirigida a buscar la armonía de los derechos, recayendo en un “mito” como

³⁸³ Art. 438 # 6 Constitución de la República.

³⁸⁴ Art. 187 LOGJCC.

³⁸⁵ Jurisprudencia Vinculante 001, SENTENCIA N° 001-10-PJO-CC.

señala el órgano las denominadas colisiones entre derechos, lo cual no podría existir dentro de un Estado que se califique como Constitucional señalando que:

“uno de aquellos tiende a depreciarse, lo cual no es susceptible dentro del constitucionalismo, puesto que éste tiende a que los derechos coexistan armónicamente. El punto de partida de la interpretación de los derechos constitucionales debe ser su armonía y no su contradicción: esta afirmación se halla sustentada en la unidad del sujeto humano, en donde el peligro no es solo inaplicar una norma, sino desconocer un derecho fundamental de una persona concreta.

Desde el punto de vista de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, no es una buena técnica establecer limitaciones, jerarquías y balances que prioricen un derecho fundamental sobre otro, ya que lo que se busca es la armonía entre tales derechos; en esta tarea, el rol de los jueces es trascendental al pretender armonizar los derechos aparentemente en pugna,”

Por lo que, por una parte quedaría sin sustento lo afirmado en la Sentencia 002-09-SAN-CC, que enarbola a la ponderación como el criterio metodológico adecuado en un Estado Constitucional para resolver los conflictos que se presenten entre derechos fundamentales³⁸⁶. Y por otro lado, para buscar la mencionada armonía, la Corte Constitucional prioriza como método, el utilizado por el Tribunal Constitucional Español en la STC 11/81, el cual ha sido retratado en el primer capítulo.

La columna vertebral de estas consideraciones, tiene lugar principalmente a partir del enfoque³⁸⁷, de Pedro Serna y Fernando Toller sobre el “conflictivismo” entre derechos y una “propuesta metodológica alternativa” planteada por ellos, con sustento en la garantía del contenido esencial.

³⁸⁶ Sentencia 002-09-SAN-CC.

³⁸⁷ Pedro Serna y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los derechos Fundamentales*, op cit. 40 y ss.; Fernando Toller, *Refutaciones Lógicas a la Teoría de los Conflictos de derechos en el Libro La Interpretación en la Era del Neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 2006, pág. 133 – 180; Fernando Toller, *La Resolución de los Conflictos entre Derechos Fundamentales en el Libro Interpretación Constitucional Tomo II* Compilación de Eduardo Ferrer Mac-gregor, México, Editorial Porrúa, 2005, pág. 1199 y ss.; Gabriel Mora Restrepo, *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces*, op cit. 186 – 198.

La tesis del “conflictivismo”, se sustenta como señalan Serna y Toller, en la teoría de los límites externos a los derechos fundamentales, la cual supone restringirlos desde un ámbito exterior a su espectro. Esto es, los límites que devengan de la contraposición con otros derechos, orden público, bien común, etc.

Los límites externos, estarían conformados por dos momentos como se señalo en páginas anteriores, en el primero se encontraría el derecho *prima facie* como tal (no limitado), y en un segundo momento se encontraría la posición definitiva o la limitación del derecho deducida a partir de la contraposición con otro derecho.

El planteamiento de Serna y Toller, parte principalmente de que entendidos en la práctica los derechos como sujetos a colisiones violan el principio de “no contradicción”, motivo por el cual, las cosas en modo alguno pueden ser verdaderas y no serlo al mismo tiempo. Así, un derecho si es válido, debería seguirlo siendo en la práctica, no pudiendo invalidarse frente a otro que juegue en sentido contrario³⁸⁸.

La validez existencial de los principios entorno al principio de no contradicción, es consecuencia según Toller para negar la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, a lo que cabe preguntarse ¿son entonces desde la perspectiva de Toller los derechos absolutos y por ello no limitables?.

Su postura, es que los derechos si bien no se pueden limitar, estos son “delimitables” principalmente a través de lo que de ellos se interprete y se decida a nivel de la jurisdicción constitucional, manifestando que ““Quién regula actúa constitucionalmente, pero quién

³⁸⁸ Fernando Toller, *Refutaciones Lógicas a la Teoría de los Conflictos de derechos en el Libro La Interpretación en la Era del Neoconstitucionalismo*, op cit. 156.

restringe o limita en verdad altera, viola el contenido esencial, infringe la propia Constitución..”³⁸⁹.

La solución que plantea como método alternativo, es considerar a la garantía del contenido esencial como medio de armonización de los derechos. El contenido esencial, derivaría solo en cuanto a los “límites internos” pertenecientes a cada derecho³⁹⁰, por lo que si los límites no se encuentran expresamente establecidos en la disposición que consagre un derecho fundamental, habrá que delimitarlos en función a construcciones analíticas, acercándose Toller para alcanzar este fin al método utilizado por el Tribunal Constitucional Español³⁹¹, y de modo sorpresivo al principio de proporcionalidad en sentido amplio no sólo como medio de delimitación y armonización, sino también como método de determinación del contenido esencial³⁹², atendiendo al carácter estructural de los principios.

1.1 Sobre la postura de Serna y Toller, adoptada por nuestra Corte Constitucional frente al “conflictivismo” y su propuesta “metodológica alternativa”.

En realidad Toller apunta a una consideración sobresaliente, si de los principios se extraería directamente una conclusión definitivamente válida e inderrotable evidentemente a través del principio de contradicción no se podría sostener que un principio tenga validez y en un caso concreto no lo tenga a partir de una colisión.

Pero, los principios como Alchurrón lo ejemplifica son únicamente “prima facie” válidos, por lo que en consecuencia son “derrotables” e ilimitadamente válidos frente a cualquier

³⁸⁹ Fernando Toller, La Resolución de los Conflictos entre Derechos Fundamentales en el Libro Interpretación Constitucional Tomo II Compilación de Eduardo Ferrer Mac-gregor, op cit. 1261.

³⁹⁰ Pedro Serna y Fernando Toller, La Interpretación Constitucional de los derechos Fundamentales, op cit. 42.

³⁹¹ Pedro Serna y Fernando Toller, La Interpretación Constitucional de los derechos Fundamentales, op cit. 48 y 49.

³⁹² “Por otra parte, como se trata de obtener el modo más razonable de ajustar los derechos o bienes, no habrá inconveniente en aplicar también test de razonabilidad y de proporcionalidad, aunque estos sean a menudo usados en el balancing test y en el segundo nivel de análisis que lleva aparejada la teoría de los límites externos” Pedro Serna y Fernando Toller, La Interpretación Constitucional de los derechos Fundamentales, op cit. 58 y 59; Fernando Toller, La Resolución de los Conflictos entre Derechos Fundamentales en el Libro Interpretación Constitucional Tomo II Compilación de Eduardo Ferrer Mac-gregor, op cit. 1271 y ss.

pretensión (Sieckmann), deviniendo la validez definitiva en cuanto se concrete una regla resultado de la utilización del principio de proporcionalidad en “sentido amplio” o “estricto”.

La regla que contiene la posición definitiva, si se encuentra de este modo constreñida al principio de no contradicción y por lo tanto deberá ser aplicada o no. De este modo, tampoco con esto queremos decir que existan colisiones entre derechos fundamentales propiamente, las colisiones tienen lugar entre las posiciones jurídicas otorgadas y que tienen lugar a partir de la razón *prima facie* que contiene un derecho fundamental, siendo éstas las que colisionan, más no el derecho fundamental como tal.

Qué los derechos fundamentales sean razones “*prima facie*”, es un presupuesto que el propio Toller sostiene al decir que:

“los principios jurídicos, que por definición son siempre un tanto indeterminados, conjugables y matizables con otros principios en los casos sometidos a juzgamiento, y no brindan consecuencias jurídicas inmediatas precisas sino sólo razones *prima facie*, pautas que muestran un camino pero que no obligan a una única decisión”³⁹³

De esta manera, si se consideran que los principios constituyen razones “*prima facie*”, y que las colisiones se dan a nivel de las posiciones jurídicas, no existe violación del principio de no contradicción. En cuanto a la metodología para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales nuestra Corte Constitucional ha decidido en base a lo sostenido por Serna y Toller, seguir con las vías propuestas por el Tribunal Constitucional Español, aunque existan las falencias descritas en el primer capítulo.

En lo que se refiere al principio de proporcionalidad, considero que existe una contradicción en el planteamiento de Serna y Toller, ya que en sentido amplio incluye

³⁹³ ³⁹³ Pedro Serna y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los derechos Fundamentales*, op cit. 59.

como subprincipio directamente a la ponderación como paso a seguir. En lo que coincide, es que a través del principio de proporcionalidad sea en sentido amplio o estricto, las posiciones tienen que ser armonizadas y matizadas en la construcción del supuesto de hecho de la regla, impidiendo prioridades absolutas.

De esta manera, la concepción propuesta por la Corte Constitucional al adoptar el criterio exclusivo, de un Tribunal Constitucional y de la visión de dos autores sin consideración a otras visiones distorsiona el construir una dogmática propia en materia de derechos y garantías constitucionales, aunque en la doctrina ecuatoriana también se recurra a la visión del Tribunal Constitucional Español para explicar la garantía del contenido esencial aunque hablemos de la necesidad de construcciones propias³⁹⁴.

2. Sentencia N. °0007-10-SEP-CC.

Esta problemática de nuestra Corte Constitucional de recurrir a criterios doctrinarios o de otros órganos de control constitucional, en especial la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Español, para explicar en qué consisten los derechos y garantías constitucionales, matiza una serie de problemas.

En el caso atinente, la Corte Constitucional Ecuatoriana para atribuir el núcleo esencial del derecho a la propiedad, se fundamenta no en las disposiciones constitucionales (Art. 66# 26 y Art. 321 CR) e infra constitucionales, sino en las diferencias estructurales propuestas por Ferrajoli³⁹⁵, en torno a los derechos patrimoniales y derechos constitucionales, para sostener que:

³⁹⁴ Jorge Zabala Egas, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Guayaquil Editores Edilex S.A, 2010, pág. 49, 50 y 51.

³⁹⁵ Luigi Ferrajoli, Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pág. 29-35.

“Así analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, se colige que, en el presente caso, el asunto de fondo se relaciona con el reconocimiento del derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad, hecho que nos sitúa en un ámbito de derechos posesorios, de dominio, patrimoniales, que eventualmente y de manera expectante podría asistir a la accionante, cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección.”

Motivo por el cual, cabe preguntarse ¿acaso el derecho a la propiedad no es un derecho fundamental en la Constitución del 2008?, y sobre todo, ¿por qué adscribir como núcleo esencial la diferencia estructural propuesta por Ferrajoli?

Evidentemente, la propuesta de Ferrajoli tiene su razón de ser, sobre todo para diferenciar y determinar en parte el ¿por qué se le atribuye fundamentalidad a los derechos constitucionales?, sin embargo, tanto en la Constitución Ecuatoriana existe el reconocimiento positivo del derecho a la propiedad también como fundamental, así como en sentencias anteriores de la misma Corte Constitucional como en la 12-08 TC³⁹⁶, y aunque su peso abstracto sea menor por las restricciones directamente estatuidas en la misma (función social y ambiental), no quiere decir en ningún sentido que no posea las características atributivas de fundamentalidad (inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, etc).

Lo que no es motivo de análisis por la Corte Constitucional, es que el derecho patrimonial que parece desmerecer en el caso concreto, se lo pretende amparar como una posición jurídica atributiva al derecho a la propiedad como derecho fundamental, a través de los hechos y el desarrollo efectuado por el legislador al amparo de las disposiciones del Código

³⁹⁶ “En ese sentido, el derecho a la propiedad esgrimido por los demandantes, no debería tener restricciones; su núcleo esencial se reconoce en los derechos de usar, gozar y disponer del bien. Sin embargo, no es un derecho absoluto, pues este derecho alcanza el tópico de la función social como una excepcionalidad al mismo. De fonna más definida, se considera que las intervenciones en las propiedades deben ser razonadas y justificadas.”

Civil y Procedimiento Civil, siendo pertinente entablar los problemas jurídicos en base a estos presupuestos.

Es decir, que la Corte Constitucional no debía preguntarse ¿“Sobre el núcleo esencial del derecho y del caso *sub iudice*”?, sino ¿si es pertinente amparar o no la posición jurídica que pretende hacer valer en el presente caso la actora en base al derecho a la propiedad tal y como se encuentra planteado en la Constitución del 2008?

Efectivamente, una cosa son los derechos patrimoniales que se hicieron valer en vía ordinaria, y otra la posible vulneración en base al Art. 494 del Código de Procedimiento Civil del derecho a la propiedad de la actora, la cual venía manteniendo la posesión 18 años sobre el inmueble, habiendo planteado los correspondientes juicios de amparo posesorio y de prescripción.

Derechos patrimoniales son en este caso, los que le asistía a la actora para plantear las acciones ordinarias mencionadas, y que precisamente están limitados por las consideraciones expuestas por Ferrajoli, pero otra cosa muy distinta es la posición jurídica que la misma tiene para reclamar una posible vulneración al derecho a la propiedad que es fundamental.

Además, si se considera como objetable que sea un solo órgano, en este caso la Corte Constitucional la que diga ¿qué es? y ¿qué no es el contenido de un derecho?, con mayor razón se puede objetar, que la Corte atribuya el contenido de un derecho fundamental en consideración a lo que un autor sostenga como diferencia entre derechos patrimoniales y fundamentales.

Adscribir un contenido desde las posturas doctrinarias, representa sin duda un peligro, ya que saltar del “plano explicativo” al prescriptivo, no sólo que es arriesgado por los errores

que se pueden sostener a futuro, sino que en la mayor parte de las ocasiones es del todo infructuoso.

3. Antecedentes varios.

La Corte Constitucional atribuye en sus sentencias a la garantía del contenido esencial bajo un uso meramente instrumental e incluso hasta de justificación retórica, sosteniendo en sentencias como la 112-09 ¿qué es el contenido esencial?, ya no en base al método asignado por el Tribunal Constitucional Español, sino en cuanto a lo que Prieto Sanchís considera que es esta garantía, enfocando:

“Que para Luis Prieto Sanchís, el contenido esencial del derecho es una parte del derecho fundamental, aquella parte que resulta definitoria o identificadora del significado que un derecho tiene en nuestra cultura jurídica y cuyo sacrificio lo desnaturalizaría; en todo derecho existe un núcleo duro indisponible que no puede ser restringido en ningún caso. De lo que podemos colegir, que en el presente caso no se observa la violación de derechos fundamentales que ameriten la apertura de la cosa juzgada y, por consiguiente, la desconfiguración del sistema de justicia contencioso electoral.”

Por lo cual en esta sentencia, el concepto utilizado sirvió para encubrir una posición intuicionista de lo que son los derechos de participación política. Este intuicionismo relativo al contenido esencial del derecho se refleja también en sentencias como 3-10-SCN-CC,³⁹⁷ 14-10-SIS-CC³⁹⁸, 23-10-SIS-CC³⁹⁹, 1249-08 RA⁴⁰⁰, 35-2010-SEP-CC⁴⁰¹, 24-10, SCN-CC⁴⁰², etc.

³⁹⁷ “Para solventar ese problema determinaremos que el núcleo duro del derecho supuestamente vulnerado es el derecho a la defensa, y respecto a aquel nos encontraremos con una serie de derechos subsidiarios que se derivan del mismo; es así como nos encontramos con el derecho a la doble instancia, como un elemento que gira alrededor de este derecho principal.”

De igual forma, en sentencias como la 35-09 IS,⁴⁰³ 10-09-SEP-CC⁴⁰⁴ 667-09 se atribuye también a otras consideraciones doctrinarias para enfocar lo que es el contenido esencial de cierto derecho, así:

“tal como lo señala el doctor Jaime Bernal Cuellar en su obra "El Proceso Penal", pág. 82: *"El derecho a la defensa es el núcleo, por así decirlo, esencialísimo del debido proceso. El debido proceso integra en su núcleo esencial varias garantías, las cuales carecerán de sentido y eficacia si en un proceso no se brindara la posibilidad de ejercer la defensa "*."

Es menester, por los motivos aducidos replicar, el enfoque que de ésta garantía ha dado la Corte Constitucional Ecuatoriana, así como de los contenidos atribuidos a cada derecho fundamental a partir de la doctrina, ya que al recurrir a la visión de un jurista para explicar qué es la garantía del contenido esencial o un derecho determinado, no implica sino revelar que el órgano en cuestión carece de criterio por lo errático de su comportamiento.

De ahí, que sea pertinente sostener que en nuestro medio, la Corte Constitucional a través de sus sentencias ha aportado una suerte de contenido a ciertos derechos fundamentales, a

³⁹⁹ "En la jurisdicción constitucional, al igual que en los procesos de la justicia ordinaria, es aplicable el derecho al cumplimiento de las sentencias emitidas en procesos constitucionales y de garantías de derechos, comprendido en el núcleo esencial del derecho a la tutela efectiva."

⁴⁰⁰ "por lo que resulta necesario establecer que la maternidad es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y que, por ende, no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno."

⁴⁰¹ "De esto se colige que lo que se está tramitando en la presente acción extraordinaria de protección es una causa de mera legalidad que no afecta al núcleo duro de derechos expresado en el derecho a la defensa de las partes, puesto que a lo largo del proceso, el demandado ha tenido la oportunidad de defenderse, así como de acceder a la administración de justicia"

⁴⁰² "La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, mediante una disposición de hacer (artículo 168 LOTTTSV), genera la posibilidad de que realice la audiencia de juzgamiento sin la presencia del imputado. Es evidente que este hecho ingiere de forma directa en el núcleo esencial del derecho a la defensa material, que radica en que se garantice la presencia del imputado en el proceso"

⁴⁰³ "En la jurisdicción constitucional, al igual que en los procesos de la justicia ordinaria, es aplicable el derecho al cumplimiento de las sentencias emitidas en procesos constitucionales y de garantías de derechos, comprendido en el núcleo esencial del derecho a la tutela efectiva. La tutela jurisdiccional no será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple, *"La pretensión no quedará satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido (...) la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga el pedido"*."

⁴⁰⁴ "La interdicción de la reforma en perjuicio del condenado constituye, igualmente, una garantía procesal fundamental del régimen de los recursos, a su vez contenido en el derecho de defensa y en el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Al superior no le es dable por expresa prohibición constitucional empeorar la pena impuesta al apelante único porque el fallar *ex-officio* sorprende al recurrente, quien formalmente por lo menos no ha tenido la posibilidad de conocer y controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operándose por esta vía una situación de indefensión."

través de una complicada mezcla descriptivo conceptualista⁴⁰⁵, sin tomar en cuenta como señala Nieto que:

“el fallo lógico del método conceptual estriba en la circunstancia de que en la fase de deducción salta al plano explicativo (que es el suyo propio y para lo que inicialmente se elaboran los conceptos) al plano prescriptivo que es un añadido útil a veces pero siempre arriesgadísimo”⁴⁰⁶

Motivo por el cual, es pertinente señalar que es precisamente la recurrente e incluso contradictoria aplicación de la más variada gama de conceptos doctrinarios por parte de la Corte Constitucional Ecuatoriana, la que no ha permitido desarrollar y por ello contextualizar pertinentemente la Constitución del 2008 en el marco de la pretendida búsqueda por un nuevo tipo de convivencia ciudadana esquematizada principalmente en la idea del “buen vivir”, como presupuesto trascendental de configuración del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

⁴⁰⁵ Un ejemplo claro y llamativo en la sentencia 177-09 de la Corte Constitucional Ecuatoriana y su apelación estricta y definitiva para el caso al criterio de Ferrajoli sobre los derechos patrimoniales.

⁴⁰⁶ Alejandro Nieto y Agustín Gordillo, *Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico*, op cit. 25.

CONCLUSIONES.

El primer capítulo de este trabajo, está destinado a servir como un sustento básico para solventar la deducción de esta garantía de la Constitución del 2008, partiendo en primer lugar de la idea de legitimidad superior como forma de acercamiento a lo que postulo el contractualismo y que se trastocaría con el paso de los años encimándose en la idea de un derecho exacerbado en un formalismo, que a la postre sirvió de camino para sustentar un absolutismo que genero a su vez una resurrección de la idea de un derecho natural superior. Lo que genero la creación de garantías, entre ellas la de un contenido esencial de los derechos que sirvió como un fundamento de ruptura con un pasado ausente de controles, permitiendo el paso hacia una nueva forma de entender el derecho.

No obstante, la garantía del contenido esencial a pesar de su tratamiento extenso especialmente a nivel Europeo, ha suscitado una serie de críticas referentes a las incongruencias de algunos de sus planteamientos, que hacen en la práctica casi innecesaria o inviable esta garantía.

En realidad, las objeciones tiene lugar precisamente porque es imposible sostener, que al ser los derechos obras de creación humana, éstos posean un contenido natural y pretérito, y sobre todo que este contenido sea derivado por parte de los Tribunales o Cortes Constitucionales de un decisionismo contradictorio a la supuesta esencialidad de los contenidos.

Esto plantea sin duda, que sea la garantía del contenido esencial vista exclusivamente desde la teoría subjetiva, objetiva, de forma absoluta, relativa o de manera mixta, llegue como ha sostenido Prieto a un “callejón sin salida”; la garantía del contenido esencial en la forma en la cual se encuentra planteada no nos lleva a ningún lado a no ser que podamos responder a algunos cuestionamientos.

Entre ellos a mi modo de ver destacaría, la forma de entender el derecho principalmente preguntarnos si la referencia a un contenido esencial implica ¿un reducto ontológico sustancial?, ¿Cómo puede configurarse el contenido de los derechos fundamentales?, para posteriormente enfocar ¿qué método de determinación del contenido de los derechos utiliza la Constitución del 2008? y a partir de qué criterio puede decirse ¿en donde radica la esencialidad en nuestra Constitución? Como un criterio intersubjetivamente válido, y determinar la utilización del principio de proporcionalidad como criterio de justificación de las limitaciones a los derechos y hasta donde llega su operatividad.

En el segundo capítulo se ha pretendido inferir la garantía del contenido esencial a partir del Art. 11# 8 establecido en la Constitución del 2008, exponiendo a consideración la relevancia del método enfocado por el Constituyente, así como los criterios intersubjetivos destinados a servir como presupuesto de la esencialidad y justificación.

El Constituyente emplea a través de la noción de progresividad y del método una visión constructivista de asignación del contenido de los derechos, eliminando principalmente la visión ontológica sustancial y cambiando consecuentemente el “paradigma epistemológico”. Así, los principios que contienen derechos fundamentales vendrán a desempeñar un papel preponderante, pero no por ello exclusivo, ya que serán las reglas generadas y los estados de cosas alcanzados a través de las políticas públicas y concomitantes a ellos las destinadas a conformar el contenido material del derecho.

Así, un derecho puede ser desarrollado en su contenido si está estructurado en forma de principio, ya que al encontrarse de esta manera puede ser conformado materialmente a posteriori. No obstante, los derechos pueden encontrarse estructurados en forma de reglas, motivo por el cual, su contenido vendrá ya determinado por el Constituyente siendo procedente su aplicación, por ejemplo en cuanto al derecho a adoptar nuestra Constitución

es clara en manifestar que como derecho “La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”.

Por este motivo, habrá que diferenciar correctamente, entre derechos susceptibles de desarrollo progresivo, que sería los que se encuentran estructurados en forma de principio, y aquellos que poseen ya un contenido determinado que serían todos aquellos que contengan una hipótesis ya definida por el Constituyente.

En cuanto a los principios, el contenido material estructurado a posteriori, dota de la necesaria certeza y seguridad al ordenamiento jurídico, a fin de poder saber ¿qué es un determinado derecho fundamental? Y sobre todo ¿cómo y qué se protege a través de él? Contextualizando el aspecto normativo con la realidad a través de los problemas jurídicos planteados por los órganos del Estado y que requieren de su respuesta.

La inferencia de ésta garantía, no obstante, deja abierta múltiples preguntas relacionadas sobre todo con las imprecisiones del constituyente, en lo relativo principalmente a la reserva de ley, las cuales deberán ser objeto de tratamiento por parte de la doctrina Ecuatoriana, y de órganos como la Corte Constitucional y Tribunal Contencioso Electoral principalmente.

El criterio de composición de una esencialidad prima facie, como lo es la regresividad adoptado de la Corte Interamericana, resulta procedente y concordante a su vez con el método de justificación que radicaría en el principio de proporcionalidad en sentido “amplio” o “estricto”, así como en el carácter estructural de los principios toda vez que se condicionan recíprocamente para un funcionamiento armónico.

Considero de esta forma, que con la positivización de un método en la Constitución del 2008 disponemos de una gran ventaja, ya que la validez del mismo no dependerá de factores externos o de consideración subjetiva como se le ha atribuido al diseñado por el

Tribunal Constitucional Español. Se favorece además la consecución de un Estado como constitucional, al requerir para la conformación de contenido de los derechos fundamentales la participación de las funciones del Estado (Ejecutivo, Judicial, Legislativo, Electoral) y no de un solo órgano detentador en la práctica de superioridad frente a los demás.

En cuanto al enfoque que le ha dado La Corte Constitucional ha esta garantía, su posición se encuentra remitida, a los más diversos y variados enfoques, que en ocasiones hasta configuran variaciones arbitrarias, como la producida entre las sentencias 12-08 y 7-10, explicitando un carácter errático que no responde de ninguna forma al contexto normativo de la Constitución del 2008.

Se prefiere, en este sentido atribuir contenidos a derechos y garantías abusando del carácter autoritativo de algunos criterios doctrinarios para así elevar el peso de argumentos insubsistentes e incoherente de la propia Corte, qué elaborar concepciones propias que contextualicen la normativa adoptada (Constitución 2008) con nuestra propia realidad.

No he querido de ninguna manera decir que los aportes doctrinarios en su función explicativa carezcan de relevancia, todo lo contrario aportan las pautas y cimientos que permiten a futuro construir concepciones; lo que objeto rotundamente es la labor de querer justificar prescriptivamente por parte de la Corte Constitucional toda sentencia en base a los conceptos “pop” de la doctrina jurídica.

Considero, que el método de dotación de contenido de los derechos, establecido en el Art. 11 # 8, así como el elemento de atribución de esencialidad prima facie (regresividad), y el justificativo de limitaciones (proporcionalidad) aportarían una contextualización más adecuada que recurrir a otros criterios como el utilizado por el Tribunal Constitucional Español.

BIBLIOGRAFÍA:

- Abramovich Víctor y Christian Courtis, Los Derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- Ackerman Bruce, Del Realismo al Constructivismo Jurídico, Barcelona, Editorial Ariel, 1988.
- Acosta Alberto y Esperanza Martínez (Compiladores), Derechos de la Naturaleza (El futuro es ahora), Quito, Ediciones Abya Yala, 2009.
- Acosta Alberto y Esperanza Martínez (Compiladores), Economía Social y Solidaria (El trabajo antes que el capital), Quito, Ediciones Abya Yala, 2011.
- Acosta Alberto y Esperanza Martínez (Compiladores), El Buen Vivir (Una vía para el desarrollo), Quito, Ediciones Abya Yala, 2009.
- Aguiló Regla Josep, Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Barcelona, Ariel Derecho, 2000.
- Alchurrón Carlos, "Fundamentos para una Teoría General de los derechos" Marcial Pons, Madrid 2010.
- Alchurrón Carlos y Eugenio Bulygin, Norma Jurídica, en el Libro El Derecho y la Justicia Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- Alchurrón Carlos y Eugenio Bulygin, Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 4º reimpresión.
- Álvarez Conde Enrique, Curso de Derechos Constitucional Tomo I, Madrid, Editorial Tecnos, 2008.
- Aristóteles, Política Vol. I, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985.
- Aristóteles, Ética a Nicómano Vol I, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984.
- Alexy Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

- Alexy Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Alexy Robert, Derecho y Moral, en el libro Interpretación Constitucional Tomo I Compilación de Eduardo Ferrer Mac-gregor, México, Editorial Porrúa, 2005.
- Alexy Robert, “tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Atienza Manuel, El Sentido del Derecho, Barcelona, Ediciones Ariel, 2007.
- Atienza Manuel y Juan Ruiz Manero, Para una Teoría Postpositivista del derecho, Lima, Editorial Temis, 2009.
- Atienza Manuel y Juan Ruiz Manero, Las Piezas del Derecho, Barcelona, Editorial Ariel, 1996.
- Atienza Manuel El Derecho como Argumentación, Barcelona, Editorial Ariel, 2007.
- Ávila Santamaría Ramiro, Quito, Constitución del 2008 en el Contexto Andino, “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila Santamaría Ramiro, “Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano” en el Libro La Protección Judicial de los Derechos Sociales, Quito, Serie Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila Santamaría Ramiro, El Neoconstitucionalismo Transformador, Quito, Ediciones Abya Yala, 2011.
- Bayón Juan Carlos, Deber Jurídico, en El Derecho y la Justicia, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- Bayón Juan Carlos, ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?, Alicante, Revista Doxa, N° 24, 2001.
- Berlin Isaiah, Cuatro ensayos sobre la libertad, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- Bernal Pulido Carlos, El Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

- Bernal Pulido Carlos, El Derecho de los Derechos Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bobbio Norberto, Teoría General del Derecho, Bogotá, editorial Temis S.A., 2 ed., 2002.
- Borowski Martin, La estructura de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Bulygin Eugenio, Alicante, “Sobre el Status ontológico de los derechos humanos”, Revista Doxa N 4, 1987.
- Bunge Mario, Filosofía Política, Solidaridad, Cooperación y Democracia Integral, Barcelona, Editorial Gedisa, 2009.
- Canosa Usera Raul, Interpretación Constitucional y Formula Política, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1988.
- Coing Helmut, Fundamentos de Filosofía del derecho, Barcelona, Ediciones Ariel, 1961.
- Comanducci Paolo, Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica, Lima, Ara Editores, 2010.
- Comte Auguste, Curso de Filosofía positiva (lecciones 1 y 2) Discurso sobre el espíritu positivo, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984.
- Courtis Christian, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios, en el libro La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006.
- Clérico Laura, Hacia un modelo de la Ponderación orientado por las reglas para la solución de conflictos, en el libro Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- De Chardin Teilhard, El fenómeno Humano, Barcelona, Ediciones Orbis S. A., 1984.
- De Páramo Juan Ramón, Derecho Subjetivo, en El Derecho y la Justicia, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- Dworkin Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, Editorial Ariel, 2002.

- De Otto Ignacio, Sistema de Fuentes, Barcelona, Editorial Ariel, 1995.
- Ferrajoli Luigi, Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Ferrajoli Luigi, “Democracia y Garantismo”, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Ferreres Víctor y Juan Antonio Xiol, “El Carácter vinculante de la jurisprudencia”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- Friedrich C. J., La Filosofía del derecho, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Gadamer Hans Georg, Verdad y Método II, Salamanca, Ediciones Sígueme – Salamanca, 1998.
- García Amaño Juan Antonio, El Juicio de Ponderación y sus partes, Crítica de su escasa relevancia, en el Libro Justicia Constitucional, Colombia, Editorial Legis, 2006.
- García de Enterría Eduardo, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Navarra, Thomson Civitas, 2006.
- García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, Reimpresión 1998.
- Garzón Valdés Ernesto, Derecho y Filosofía, Barcelona, Editorial Alfa, 1985.
- Garzón Valdés Ernesto, artículo Derecho y Moral, en el Libro El Derecho y la Justicia, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- Gavara de Cara Juan Carlos, Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994.
- Gauthier David ¿Por qué Contractualismo?, Alicante, Revista Doxa 6 (1989).
- Guastini Ricardo, Teoría e ideología de la Interpretación Constitucional, Madrid, Editorial Trotta, 2012.
- Haberle Peter, La Garantía del Contenido esencial de los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Dykinson, 2003.

- Habermas Jurgen, Facticidad y Validez, Madrid, Editorial Trotta, 1998.
- Hamilton Alexander, El Federalista, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Hart H.L.A., El Concepto del Derecho, México DF, Editora Nacional, 1961.
- Hartmann Nicolai, Ontología, México, Fondo de Cultura Económica, 1960.
- Heck Philipp, “El problema de la creación del derecho”, Barcelona, Editorial Ariel, 1961.
- Heidegger Martin, El Ser y el Tiempo, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Heidegger, La pregunta por la Cosa, Barcelona, Ediciones Orbis, 1986.
- Henkel Heinrich, Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid, Biblioteca Política Taurus, 1968.
- Hernández Valle Rubén, Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional, Lima, Jurista Editores, 2006.
- Hesse Konrad, “Escritos de derecho Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.
- Hobbes Thomas, De Cive, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- Kant Immanuel, Principios Metafísicos del derecho, Buenos Aires, Americalee, 1943.
- Kant Immanuel, Crítica de la Razón Pura, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985.
- Kant Immanuel, Crítica de la razón práctica, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- Kant Immanuel, Fundamentación para una metafísica de las costumbres, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- Kantorowickz Hermann, La Definición del Derecho, Madrid, Revista de Occidente, 1958.
- Kaufmann Arthur, Filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Kelsen Hans, ¿Qué es la justicia?, México DF, Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y Política, Vigésima Reimpresión 2007.

- Kelsen Hans, Teoría Pura del Derecho, México DF. Ediciones Coyoacán, 2008.
- Laporta Francisco, Certeza y Predecibilidad de las Relaciones Jurídicas, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico y Europeo, 2009.
- Larenz Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho”, Barcelona, Editorial Ariel, 2001.
- Locke Jhon, Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Alianza Editorial.
- Locke Jhon, Ensayo Sobre el Entendimiento Humano, Barcelona, Ediciones Orbis, 1986.
- López Medina Diego, El Derecho de los Jueces, Bogotá, Editorial Legis, Segunda Edición.
- Martínez Sospedra Manuel, Manual de Derecho Constitucional Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Montealegre Eduardo y Cepeda Manuel José (Directores del Proyecto), Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Moore George, El Tema de la ética, en Doce Textos Fundamentales de la ética del Siglo XX, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- Moreno Yánes Jorge, Hacia un Estado Social de Derecho y Autonomías, Quito, Editores Pudeleco, 2003.
- Mora Restrepo Gabriel, Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- Nieto Alejandro y Agustín Gordillo, Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Nino Carlos Santiago, Ética y Derechos Humanos, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.
- Nino Carlos Santiago, Introducción al Análisis del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.
- Nino Carlos Santiago, La Validez del Derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003.
- Nogueira Alcalá Humberto, en el artículo, La Constitución Ecuatoriana y los derechos económicos, sociales y culturales, en el libro Los derechos Fundamentales (Coordinador

Pablo Pérez Tremps) Serie 3, Quito, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, 2004.

- Ollero Andrés, “Igualdad en la aplicación de la ley y el precedente judicial”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Oviedo Freire Atawallpa, Artículo “El posmoderno Buen Vivir y el ancestral sumakawsay”, en el Libro Construyendo el Buen Vivir (Guillen García y Casanova Mauricio Phélan Editores), Cuenca, Ediciones Pydlos, 2012.
- Peces Barba Gregorio, Lecciones de Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Dykinson, 2004.
- Pérez Royo Javier, Curso de Derechos Constitucional, Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- Pérez Salzar Mauricio, Economía y fallos constitucionales. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991 en el libro Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Pérez Tremps Pablo, Manuales Derecho Constitucional Vol I Límites de los derechos fundamentales, Valencia, Tirant Lo Blanch 2010.
- Piaget Jean, Tratado de Lógica y Conocimiento Científico Volumen VI, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1979.
- Prieto Sanchís Luis, Ideología e Interpretación Jurídica, Madrid, Editorial Tecnos, 1993.
- Prieto Sanchís Luis, Interpretación jurídica y Creación Judicial del Derecho, Lima, Editorial Temis, 2007.
- Prieto Sanchís Luis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Prieto Sanchís Luis, Apuntes de Teoría del Derecho, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Radbruch Gustav, Introducción a la Filosofía del derecho, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Ralws Jhon, Teoría de la Justicia, México DF, Fondo de Cultura Económica, Cuarta Reimpresión 2003.

- Ross Alf, Sobre el Derecho y la Justicia, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.
- Rousseau Jean Jaques, Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres El Contrato social, Ediciones Orbis S.A., Barcelona 1971.
- Rubio Llorente Francisco, Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial), Barcelona, Editorial Ariel, Segunda reimpresión, 2006.
- Ruiz Sanz Mario, La Construcción Coherente del Derecho, Madrid, Editorial Dykinson, 2009.
- Ruiz Manero, "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas" Fundación Coloquio Jurídico Europeo,
- Serna Pedro y Toller Fernando, La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales, Una Alternativa a los Conflictos de Derechos, Argentina, Editorial La Ley, 2000.
- Sieckmann, "El modelo de los principios", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Scheler Max, "Relaciones de los valores bueno y malo con los restantes valores y con los bienes", "Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX", Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- Schopenhauer Arthur, El Mundo como Voluntad y Representación, Libro IV, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985.
- Schmitt Carl, Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza Editorial, 2006.
- Schmitt Carl, La Tiranía de los Valores, Buenos Aires, Editorial Hydra, 1979.
- Schwab Jürgen, Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas, México DF, Fundación Konrad - Adenauer - Stiftung e. V., 2009.
- Spinoza Baruch, Ética Demostrada Según el Orden Geométrico, Barcelona, Ediciones Orbis, 1984.
- Spinoza Baruch Tratado Teológico – político, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985.

- Storini Claudia, Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales, en el Libro La Nueva Constitución del Ecuador, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Corporación Editora Nacional, 2009.
- Stern Klaus, Jurisdicción Constitucional y Legislador, Madrid, Editorial Dykinson, 2009.
- Toller Fernando, Refutaciones Lógicas a la Teoría de los Conflictos de derechos en el Libro La Interpretación en la Era del Neoconstitucionalismo, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 2006.
- Toller Fernando, La Resolución de los Conflictos entre Derechos Fundamentales en el Libro Interpretación Constitucional Tomo II Compilación de Eduardo Ferrer Mac-gregor, México, Editorial Porrúa, 2005.
- Tomás de Aquino, Compendio de Teología, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985.
- “Tres Iniciados”, El Kybalion, Bogotá, Editorial Solar.
- Van Steenberghen Fernand, Epistemología, Madrid, Biblioteca Hispánica de Filosofía, 1956.
- Villa Vittorio, Constructivismo y Teoría del Derecho, Alicante, Revista Doxa N° 22, 1999.
- Von Wright Georg, ¿Hay una lógica de las normas?, Alicante, Revista Doxa, N° 26, 2003
- Zabala Egas Jorge, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Guayaquil Editores Edilex S.A, 2010.
- Zagrebelsky Gustavo y Carlo María Martini, La exigencia de Justicia, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- Zagrebelsky Gustavo, El Derecho Dúctil Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Zubiri Xavier, Sobre la Esencia, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1963.

CUERPOS NORMATIVOS CONSULTADOS:

- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1998.
- Constitución Española 1978.
- Ley Fundamental de Bonn de 1949.
- Constitución Japonesa.
- Constitución de los EEUU.

LINKS:

- <http://www.conadis.gob.ec/docs/sentenciaimportacionvehiculos.pdf>,
- <http://www.vicepresidencia.gob.ec/programas/manuelaespejo/resultados-manuelaespejo.html>.
- <http://www.paginasobrefilosofia.com/html/Locke2/prelocke.html>.

JURISPRUDENCIA Y SENTENCIAS:

ALEMANIA:

- Sentencia BVerfGE 100, 271 [Cláusula de reducción salarial].
- Sentencia BVerfGE 6, 32 [Wilhelm Elfes].
- Sentencia BVerfGE 49, 89 [Kalkar I].
- Sentencia BVerfGE 34, 269 [Princesa Soraya].
- Sentencia BVerfGE 39, 1 [Interrupción del embarazo I].
- Sentencia BVerfGE 8, 28 [Sueldos de funcionarios públicos].
- Sentencia BVerfGE 52, 214 [Protección frente a diligencia de ejecución].
- Sentencia BVerfGE 32, 98 [Negativa a prestar auxilio por motivos religiosos].

- **Sentencia BVerfGE 35, 202** [Asesinatos de soldados de Lebach].
- **Sentencia BVerfGE 7, 198** [Lüth].
- **Sentencia BVerfGE 33, 1** [Prisioneros].
- **Sentencia BVerfGE 65, 1** [Censo de Población].
- **Sentencia BVerfGE 84, 212** [Cierre patronal - Aussperrung].
- **Sentencia BVerfGE 48, 210** [Exención de ingresos provenientes del extranjero].
- **Sentencia BVerfGE 90, 145** [Cannabis].

ESPAÑA:

- Tribunal Constitucional Español, **STC 11/1981**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 64/81**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 214/91**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 5/1985**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 133/1984**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 85/1990**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 120/1990**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 53/1985**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 76/1983**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 51/1981**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 64/1988**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 140/1986**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 132/1989**.
- Tribunal Constitucional Español, **STC 22/1986**.

- Tribunal Constitucional Español, **STC 36/1984.**
- Tribunal Constitucional Español, **STC 61/1989.**
- Tribunal Constitucional Español, **STC 67/1985.**
- Tribunal Constitucional Español, **STC 160/1987.**
- Tribunal Constitucional Español, **STC 161/1987.**

ECUADOR:

- **Corte Constitucional, Sentencia N° 001-10-PJO-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia N.º 001-11-SIQ-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia N.o OOS-IO-SIN-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia N. o 0007-10-SEP-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia 002-09-SAN-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencias 003-09-sep-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia 12-09-sep-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia N. o 0007-10-SEP-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia 3-10-SCN-CC,**
- **Corte Constitucional, Sentencia 14-10-SIS-CC**
- **Corte Constitucional, Sentencia 23-10-SIS-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia 1249-08 RA.**
- **Corte Constitucional, Sentencia 35-2010-SEP-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia 24-10, SCN-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia 10-09-SEP-CC.**
- **Corte Constitucional, Sentencia 35-09 IS.**
- **Corte Constitucional, Sentencia 667-09.**